

Dr. iur. Heinz Aemisegger

Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz

Im vorliegenden Beitrag werden zunächst der Vorrang der EMRK-Garantien und die Rechtsweggarantie behandelt. Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs ist gemäss Art. 35 Ziff. 1 EMRK Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Für die Schweiz ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass die Prüfungsmöglichkeiten des Bundesgerichts oft eingeschränkter sind als diejenigen des EGMR (verfahrensrechtliche Disharmonie). Im letzten Teil des Aufsatzes werden Beispiele betreffend die Umsetzung der EMRK in der Schweiz angeführt. Sie beziehen sich auf verfahrensrechtliche und auf materielle EMRK-Fragen.

Rechtsgebiet(e): Menschenrechte

Zitiervorschlag: Heinz Aemisegger, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter 20. Juli 2009

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Die Anwendung der EMRK in der Schweiz
 - 2.1 Vorrang des Völkerrechts
 - 2.2 Die Rechtsweggarantie
 - 2.2.1 Inhalt
 - 2.2.2 Übergangsrecht für kantonale Ausführungsvorschriften
 - 2.3 Verfahren vor Bundesgericht
 - 2.3.1 Einheitsbeschwerden und subsidiäre Verfassungsbeschwerde
 - 2.3.2 Revision im Falle der Verletzung der EMRK
 - 2.3.3 Voraussetzungen der Beschwerde ans Bundesgericht – Beschränkung von Vorbringen und Prüfungsmöglichkeiten
 - 2.3.3.1 Früheres Recht (OG)
 - 2.3.3.2 Bundesgerichtsgesetz
 - 2.2.3.3 Bedeutung für die Garantien der EMRK
 - 2.3.4 Gegenstandslosigkeit des Verfahrens – aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse
 - 2.3.4.1 Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - 2.3.4.2 Kritik – Folgerung
3. Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerde an den EGMR
 - 3.1 Inhalt und Bedeutung von Art. 35 Abs. 1 EMRK
 - 3.2 Nichteintretensentscheide der Konventionsstaaten
 - 3.2.1 Qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG)
 - 3.2.2 Sachverhalt (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG)
 - 3.2.3 Obiter dicta in nationalen Nichteintretensentscheiden
 - 3.3 Beispiele
 - 3.3.1 Erweiterung des Streitgegenstandes durch den EGMR
 - 3.3.2 Begründungspflicht
 - 3.3.3 Erweiterung des Sachverhalts durch den EGMR
 - 3.4 Folgerung
4. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - 4.1 Öffentlichkeitsprinzip
 - 4.1.1 Allgemeines
 - 4.1.2 Öffentliche Gerichtsverhandlungen
 - 4.1.3 Öffentlich zugängliche Gerichtsurteile
 - 4.2 Fairness im Verfahren
 - 4.2.1 Unvoreingenommenheit des Richters
 - 4.2.1.1 Verbotene Doppelfunktion
 - 4.2.1.2 Befangener Oberrichter wegen «Aufforderung zum Rückzug der Berufung»
 - 4.2.1.3 Ablehnung von Richtern wegen «Feindschaft» gegenüber dem Anwalt des Beschwerdeführers (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK)
 - 4.2.2 Haftprüfungsverfahren
 - 4.2.3 Anspruch auf öffentliche Verhandlung
 - 4.2.4 Rechtliches Gehör
 - 4.2.5 Beschleunigungsgebot – Feststellung von dessen Verletzung im innerstaatlichen Verfahren
 - 4.2.5.1 Fall McHugo
 - 4.2.5.2 Fall Munari
 - 4.2.6 Miranda-Rechte
 - 4.3 Zugang zum Gericht – Terrorismus
 - 4.4 Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK)
 - 4.4.1 Fall Hertel
 - 4.4.2 Fall Verein gegen Tierfabriken (VgT)
 - 4.4.3 Fall Stoll
 - 4.4.4 Fall Foglia
 - 4.5 Umweltrecht
 - 4.6 Namensrecht
 - 4.7 Demonstrationsverbot
5. Schlussbemerkung

1. Einleitung

[Rz 1] In den letzten drei Jahrzehnten war der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention¹ auf Rechtspraxis und Rechtsalltag in der Schweiz sehr gross.² Die Schweiz hat die EMRK im Jahre 1974 ratifiziert. Das Bundesgericht hat die darin verankerten Grundsätze hierauf ohne Verzug angewendet. Der in der Schweiz bei der Umsetzung des Völkerrechts praktizierte Monismus³ hat sich dabei positiv ausgewirkt.⁴ Der damit verbundene Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht spielt bei der Durchsetzung von Menschenrechten, wie sie die EMRK schützt, eine besonders grosse Rolle.⁵ In diesem Zusammenhang ist auf den nachstehend eingehender behandelten Rechtsbehelf der Revision⁶ gemäss Art. 122 BGG⁷ hinzuweisen, welcher das Bundesgericht in bestimmten Fällen verpflichtet, den Vorschriften der EMRK zum Durchbruch zu verhelfen. Das Bundesgericht hat die Grundrechtsgarantien des Bundes und der Kantone in seiner Rechtsprechung fortwährend aufeinander abgestimmt, konkretisiert und fortentwickelt. Ausgelöst durch verfassungsrechtliche Beschwerden einzelner Rechtssuchender (Individualbeschwerden) hat es dabei immer wieder auch ungeschriebene Verfassungsrechte geschaffen, welche später regelmässig formell in die Bundesverfassung aufgenommen wurden.⁸ In diese Rechtsprechung hat es die Garantien der

¹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, SR 0.101.

² HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung von Justizreform und Bundesgerichtsgesetz im Lichte der EMRK, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeiffer, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 3 ff.; HEINZ AEMISEGGER, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 2008 18 ff.

³ BGE 125 II 417 E. 4a mit Hinweisen; NICOLAS MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: Daniel Thürer / Jean François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 4 N. 12 und 15 f.; IVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller / Philippe Mastronardi / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, (nachfolgend zitiert als St. Galler Kommentar), 2. Auflage 2008, zu Art. 5 N. 45 ff.; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Neuchâtel 2003, zu Art. 5 N. 17 ff.

⁴ GEROLD STEINMANN, Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: The History of the Supreme Courts of Europe and the Development of Human Rights, Debrecen 1999, S. 494.

⁵ BGE 125 II 417 E. 4d S. 425; BGE 99 Ib 39, 44 = Pr 62 Nr. 106 (Urteil vom 2. März 1973); vgl. hinten Ziff. 2.1.

⁶ Vgl. BGE 124 II 480.

⁷ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110; vgl. hinten Ziff. 2.3.2.

⁸ Persönliche Freiheit (Art. 7 und 10 BV, BGE 89 I 92 E. 3 S. 98); Eigentumsgarantie (Art. 26 BV; BGE 88 I 248 E. 3 S. 255); Gemeindeautonomie (Art. 50 BV; BGE 93 I 427 E. 3c S. 433 f.); Meinungsfreiheit (Art. 16 BV;

EMRK mit einbezogen und ihnen dabei Verfassungsrang beigegeben.⁹ Dadurch erhielten sie grosse Durchschlagskraft¹⁰ und beeinflussten Rechtssetzung und Rechtsanwendung stark. Die EMRK-Normen wurden entweder richtungsweisend bei der Auslegung innerstaatlichen Verfassungsrechts berücksichtigt oder direkt als Urteilsgrundlage beigegeben. Häufig weist das Bundesgericht in seinen Urteilen darauf hin, die angerufenen EMRK-Garantien wiesen die gleiche oder keine weitergehende Tragweite auf wie die gleichzeitig als verletzt gerügten innerstaatlichen Verfassungsgarantien und entscheidet die Sache hierauf primär in Anwendung von schweizerischem Bundesverfassungsrecht.¹¹ Die Prinzipien des «fair trial» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV wendet es als allgemeine Verfahrensgrundsätze generell und nicht nur in zivil- und strafrechtlichen Verfahren an.¹²

[Rz 2] Die Umsetzung der EMRK in der Schweiz darf zweifellos als «Erfolgsgeschichte» bezeichnet werden. Dabei sind die rechtsanwendenden Organe des Bundes und der Kantone aber immer wieder auf mitunter heftige Kritik und Widerstände gestossen.

[Rz 3] Persönlich habe ich dies deutlich zu spüren bekommen, nachdem ich als damaliger Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen die «Weisung des Obergerichts über die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess vom 6. Dezember 1977» erarbeitet hatte, in welcher die entsprechenden Grundsätze der EMRK für den Schaffhauser Strafprozess, namentlich für das Haftprüfungsverfahren präzisiert wurden. Das führte zu heftigen Reaktionen, namentlich der Strafverfolgungsbehörden und zu Diskussionen im Kantonsrat.

[Rz 4] Auf Bundesebene liess das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 29. April 1988 i.S. Belilos zum Richtererfordernis (amende administrative, VD) die auslegende Erklärung der Schweiz zu Art. 6

Ziff. 1 EMRK¹³ hinfällig werden. Dies erregte im ganzen Land grosses Aufsehen. Im Parlament reichte Ständerat Daniotti am 6. Juni 1988 ein Postulat ein, welches beinahe zu einer eigentlichen «EMRK-Krise» geführt hätte. Der Vorstoss wurde äusserst knapp mit 15 gegen 16 Stimmen mit dem Stichentscheid des Präsidenten abgelehnt.¹⁴ In der Debatte wurde vor «fremden Richtern» gewarnt und es kam die grosse Empfindsamkeit der Schweiz gegenüber den Urteilen aus Strassburg zum Ausdruck. Inzwischen sind die auslegenden Erklärungen und Vorbehalte der Schweiz zur EMRK alle formell aufgehoben worden.¹⁵

[Rz 5] Diese Vorkommnisse mögen einen Grund dafür liefern, dass das Bundesgericht häufig dazu neigt, seine Urteile primär auf konventionskonform ausgelegtes innerstaatliches Verfassungsrecht abzustützen. Die politische Akzeptanz innerstaatlichen Rechts ist in der Schweiz auch heute noch deutlich grösser als dies beim Völkerrecht zutrifft.

2. Die Anwendung der EMRK in der Schweiz

2.1 Vorrang des Völkerrechts

[Rz 6] Seit vielen Jahren misst das Bundesgericht den Grundrechten der EMRK Verfassungsrang¹⁶ zu. Neu wird das Völkerrecht bei den Beschwerdegründen in Art. 95 lit. b BGG als eigenständige Rechtsquelle ausdrücklich aufgeführt.

[Rz 7] Völkerrechtliche Vorschriften mit «self-executing»-Charakter binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern die Staatsorgane aller staatlichen Ebenen. Eine solche unmittelbar anwendbare staatsvertragliche Norm liegt vor, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können.¹⁷ Im

BGE 87 I 114 E. 2 S. 117); Sprachenfreiheit (Art. 18 BV; BGE 91 I 480 E. II 1 S. 485 f.); Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV; BGE 96 I 219 insbes. S. 223 ff. E. 4); Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV; BGE 121 I 138 E. 3 S. 142 mit zahlreichen Hinweisen); Nothilfe (Art. 12 BV; BGE 121 I 367; 122 II 193 E. 2c/dd S. 198); Willkürverbot und Gleichbehandlungsgebot (Yvo HANGARTNER, St. Galler Kommentar [Fn. 4], zu Art. 5 BV N. 2; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar [Fn. 4], zu Art. 8 BV N. 18; BGE 127 I 202 E. 3a S. 205; 116 Ia 323 [Verhältnismässigkeit]; JÖRG PAUL MÜLLER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Einleitung zu den Grundrechten N. 33).

⁹ ARTHUR HAELFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Auflage, Bern 1999, S. 36 ff.

¹⁰ BGE 101 Ia 67; 102 Ia 381; 104 Ia 91 E. 4; 105 Ia 127 E. 3a; 122 III 406 E. 2; 124 III 2; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 48 mit Hinweisen. Gleiches gilt für die von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokolle, KÄLIN, a.a.O., S. 48 Anm. 64.

¹¹ Vgl. BGE 133 I 1 E. 5.2 S. 3; 131 I 31 E. 2.1.2.1 S. 34 f.; je mit Hinweisen.

¹² BGE 133 I 100 E. 4.6 S. 104 (1A.56/2006 vom 11. Januar 2007); vgl. auch Urteil 1C_407/2007 und 1C_409/2007 vom 31. Januar 2008.

¹³ AS 1974 2148; Botschaft des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBI 1974 I 931.

¹⁴ CLAUDIA WEISS, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention, die Haltung des Parlaments 1969-1995, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 20, Europainstitut der Universität Basel 1996, S. 30 ff.; JON A. FANZUN, Schweizerische Menschenrechtspolitik seit dem Zweiten Weltkrieg: Vom Sonder- zum Normalfall, Beiträge der ETH, Zentrum für Internationale Studien, Nr. 35, April 2002, S. 20 ff.; derselbe, Schweizerische Menschenrechtspolitik seit dem zweiten Weltkrieg – ein Überblick, Jusletter vom 7. Februar 2004, S. 11.

¹⁵ Bundesbeschluss vom 8. März 2000 über den Rückzug der Vorbehalte und Auslegenden Erklärungen der Schweiz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK, AS 2002 1142.

¹⁶ BGE 101 Ia 67; 102 Ia 379, 381 E. 2; 104 Ia 88, 91 f.E. 4; 105 Ia 127, 130 E. 3a; 122 III 401, 406 E. 2. WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A. Bern 1994, S. 48 mit Hinweisen. Gleiches gilt für die von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokolle, KÄLIN, S. 48 Anm. 64.

¹⁷ BGE 126 I 240; zum in der Schweiz geltenden Prinzip des Monismus vgl. BGE 125 II 417, 420 E. 4a mit Hinweisen; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht:

Konfliktsfall geht somit das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vor.¹⁸ Für EMRK-Grundrechte und Grundrechtsgarantien des Internationalen Pakts über die bürgerlichen und politischen Rechte¹⁹ gilt dies zudem auf Grund von Art. 35 Abs. 1 und 2 BV.²⁰ Bei der Lösung von Konflikten zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht hat das Bundesgericht allerdings Art. 190 BV zu beachten, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Zu dieser Vorschrift²¹ hat das Bundesgericht eine Rechtsprechung entwickelt, die dem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts zunehmend mehr Gewicht einräumt.²² Art. 190 BV enthält grundsätzlich «nur» ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot.²³ Das Bundesgericht ist bestrebt, allfällige Konflikte durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts zu vermeiden. Die Grundrechte der EMRK²⁴ gehen dem inländischen Recht vor. Insoweit besteht in der Schweiz auch gegenüber Bundesgesetzen eine Verfassungsgerichtsbarkeit in der Form der konkreten Normenkontrolle.²⁵ Das zeigt besonders die Regelung der Revision in Art. 122 BGG.²⁶ Sind die Revisionsvoraussetzungen erfüllt, so muss die EMRK-Regelung trotz einer allfälligen entgegenstehenden bundesrechtlichen Vorschrift angewendet werden, was

den Vorrangcharakter der EMRK-Grundrechtsgarantien deutlich macht.²⁷

2.2 Die Rechtsweggarantie

2.2.1 Inhalt

[Rz 8] Die in Art. 29a BV verankerte Rechtsweggarantie²⁸ bildet einen wesentlichen Bestandteil der Justizreform vom 12. März 2000. Für Streitigkeiten betreffend «civil rights» und strafrechtliche Anklagen verlangt Art. 6 Ziff. 1 EMRK schon seit vielen Jahren den Zugang zum Richter. Beeinflusst von dieser Bestimmung gibt Art. 29a BV bei Rechtsstreitigkeiten jeder Person einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Als Verfahrensgrundrecht vermittelt die Rechtsweggarantie einen qualifizierten Rechtsschutz in Bezug auf Sachverhalts- und Rechtsfragen durch unabhängige Gerichte.²⁹ Dieser Rechtsschutz ist grundsätzlich primär durch die richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts sicherzustellen.³⁰ In diesem Sinne schreibt das Bundesgerichtsgesetz den Kantonen die Einsetzung oberer kantonaler Gerichte³¹ als kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts vor (Art. 75 Abs. 1 und 2, Art. 80 Abs. 2, Art. 86 Abs. 2 BGG).

[Rz 9] Der Anwendungsbereich von Art. 29a BV³² ist grundsätzlich umfassend.³³ Er erstreckt sich auf alle Rechtsgebiete und bezieht neben dem Straf-, und Zivilrecht auch das öffentliche Recht mit ein.³⁴ Insoweit geht Art. 29a BV somit weiter als die Rechtsweggarantie der EMRK. Für den Ausschluss der Rechtsweggarantie verlangt Art. 29a BV ein Gesetz im formellen Sinn.³⁵ Hauptkriterium für die Schaffung solcher

Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. Bern 2004; PATRICK EDGAR HOLZER, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Diss. Bern 1997; MARKUS LANTER, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) Die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege, Diss. Zürich 2008 S. 52 f. und S. 93 ff.; N. MICHEL (Fn. 3), § 4 N. 12 und 15 f.; Y. HANGARTNER (Fn. 3), Art. 5 N. 44 ff.; AUBERT/MAHON (Fn. 3), Art. 5 N 17 ff.; vgl. auch die Art. 140 Abs. 1 lit. b, 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 und Art. 190 BV (BBI 2000, 2990, AS 2002 3147 ff.).

¹⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 5 Abs. 4 BV.

¹⁹ UNO-Pakt II, SR 0.103.2.

²⁰ Vgl. BGE 125 II 417, 425 E. 4d; Botschaft 2001 BBI 2001, 4320.

²¹ Früher mit etwas anderer Formulierung in Art. 113 Abs. 3 aBV enthalten.

²² BGE 111 V 201; 117 IV 124, 128 E. 4b; 118 Ib 277, 281 E. 3b; 122 II 234, 239 E. 4e; 125 II 417, 424 f.E. 4d; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, Bern 2006, 2. Aufl., Band II N 1279-1281; AUBERT/MAHON (Fn. 3) Art. 5 N 20.

²³ BGE 129 II 249, 263 E. 5.4; 125 II 417. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008 N. 1917 ff.; WALTER HALLER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1995, Art. 113 aBV N 205 ff.

²⁴ BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 ff. (1A.178/1998 vom 26. Juli 1999).; Nichtzulassungsentscheid des EGMR *Kaptan gegen Schweiz* vom 12. April 2001 (VPB 65.141); vgl. auch Urteil des EGMR *Linnkogel gegen Schweiz* vom 1. März 2005 § 31 ff. (VPB 69.138); LANTER (Fn.17), S. 103 ff.; Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBI 2001 4320; Gleiches gilt für die Grundrechte des UNO-Pakt II (SR 0.103.2).

²⁵ Vgl. Art. 190 BV; Parlamentarische Initiative Heiner Studer, Verfassungsgerichtsbarkeit, Erwägungen der Rechtskommission, AB N 2009 Beilagen Aprilsession 3 ff., 4; BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 ff. (1A.178/1998 vom 26. Juli 1999).

²⁶ Vgl. hinten Ziff. 2.3.2; vgl. auch Art. 139a OG.

²⁷ Vgl. auch HELEN KELLER, Rezeption des Völkerrechts, Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Berlin 2003.

²⁸ Vgl. MICHEL HOTTELLIER, Les garanties de procédure, in: *Thürer/Aubert/Müller* (Fn. 3), § 51 S. 809 ff.; ANDREAS KLEY, in: St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, S. 413 ff.; MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, S. 274 ff.

²⁹ Für weitere Erläuterungen vgl. KLEY, St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 29a BV N. 6; MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, N. 5.

³⁰ KLEY, St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 29a BV N. 7 ff.; MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, N. 5.

³¹ BGE 134 I 199 E. 1.2.1 S. 201 f. (1C_451/2007 vom 17. März 2008); BGE 134 I 125 E. 3.5 S. 134 f. mit Hinweisen (1C_158/2007 vom 31. März 2008); Urteile 1B_156/2007 vom 23. August 2007 E. 3.3; 2C_491/2007 vom 30. April 2008 E. 1.3; vgl. auch BGE 123 II 231 E. 7 und 8 S. 236 ff. (1A:148/1997 vom 29. Mai 1997).

³² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³³ LANTER (Fn. 17), S. 117; MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, N. 4 f.

³⁴ KLEY, St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 29a BV, N. 14.

³⁵ MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, N. 6; MICHEL HOTTELLIER, Les garanties de procédure, in: *Thürer/Aubert/Müller* (Fn. 3), § 51 N. 23.

Ausnahmen bildet die Justiziabilität einer Streitigkeit über Rechte und Pflichten von Privaten.³⁶ Anders als Art. 29a BV lässt die Rechtsweggarantie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine Ausnahmen zu. Sie geht in dieser Hinsicht somit weiter als die Rechtsweggarantie der Bundesverfassung.³⁷

2.2.2 Übergangsrecht für kantonale Ausführungsvorschriften

[Rz 10] Art. 130 BGG hält die Kantone dazu an, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie erforderlich sind. Überdies haben sie Ausführungsrecht zu schaffen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der Vorinstanzen des Bundesgerichts im Sinne der Art. 80 Abs. 2, 75 Abs. 2, 111 Abs. 2, 86 Abs. 2 und 3 sowie Art. 88 Abs. 2 BGG.³⁸ Für das öffentliche Recht³⁹ hatten sie dafür zwei Jahre Zeit, d.h. bis Ende 2008 (Art. 130 Abs. 3 BGG). Im Bereich des Straf-⁴⁰ und Zivilrechts haben sie Zeit bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung⁴¹ bzw. der Schweizerischen Zivilprozessordnung,⁴² wobei der Bundesrat diese Frist gegebenenfalls verlängern kann.

[Rz 11] Zudem dürfen die Kantone die Ziele der Rechtsweggarantie und des BGG nicht unterlaufen, indem sie zwischen dem Erlass dieser Ausführungsvorschriften und dem Ablauf der in Art. 130 BGG vorgesehenen Übergangsfristen dem Sinn und Geist der Rechtsweggarantie und des BGG widersprechende Verfahrensregelungen einführen (sogenanntes «disharmonisierendes» kantonales Recht). Diese Rechtsprechung galt im öffentlichen Recht grundsätzlich schon in Bezug auf Art. 98a OG⁴³ bzw. das Steuerharmonisierungsgesetz.⁴⁴ Nach dem Ablauf der Übergangsfristen von Art. 130 BGG müssen letztinstanzliche kantonale Rechtsmittelentscheide im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG grundsätzlich

von einem oberen kantonalen Gericht gefällt werden. Das gilt auch für die kommunalen und kantonalen Stimmrechtsangelegenheiten (Art. 88 Abs. 2 BGG).⁴⁵ Gegen das «Disharmonisierungsverbot» verstösst es nach Auffassung des Bundesgerichts auch, wenn eine mit dem Bundesgerichtsgesetz übereinstimmende Praxis so geändert wird, dass sie hernach nicht mehr dem BGG entspricht.⁴⁶ Diese Grundsätze sind sinngemäss auch im Zivil- und Strafrecht anwendbar. Der bundesrechtlich verlangte gerichtliche Rechtsschutz gilt nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfristen selbst dann, wenn entsprechendes kantonales Ausführungsrecht fehlt.⁴⁷

[Rz 12] Art. 31 Abs. 4 BV fordert ferner den gerichtlichen Rechtsschutz bei Freiheitsentzug.

2.3 Verfahren vor Bundesgericht

[Rz 13] Im Folgenden wird kurz auf die Rechtsmittel im Verfahren vor Bundesgericht hingewiesen und die Revision bundesgerichtlicher Urteile behandelt, die – soweit nötig – im Nachgang zur Verurteilung der Schweiz durch den EGMR wegen Verletzung der EMRK vorzunehmen ist. Dabei interessiert namentlich die Frage, inwieweit bundesgerichtliche Revisionsurteile der Kontrolle durch den EGMR unterliegen und welchen Einfluss die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich auf das bundesgerichtliche Revisionsverfahren ausübt. Das Bundesgerichtsgesetz kennt zahlreiche Formvorschriften, die bei der Beschwerdeführung vor Bundesgericht einzuhalten sind. Die Wichtigsten werden kurz dargestellt und ansatzweise mit den in Art. 35 EMRK geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde an den EGMR verglichen. Schliesslich werden die Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf Abschreibungsverfügungen des Bundesgerichts erörtert, die bei Streitigkeiten ergehen, welche während des bundesgerichtlichen Verfahrens gegenstandslos werden. In solchen Fällen verzichtet das Bundesgericht häufig auf die materielle Behandlung der vorgebrachten Rügen, was nicht unumstritten ist.

³⁶ BBl 1997 I 524; MICHEL HOTTELLIER, Les garanties de procédure, in: Thürer/Aubert/Müller (Fn. 3), § 51 N. 21; KLEY, St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 29a BV N. 18 ff.; MAHON (Fn. 3), zu Art. 29a BV-Justizreform, N. 6.

³⁷ LANTER (Fn. 17), S. 124.

³⁸ Vgl. BGE 133 IV 267 E. 3.3 S. 270; Urteil 2C_495/2007 vom 27. März 2008.

³⁹ Vgl. BGE 134 I 199 (§1C_45/2007 vom 17.2.2008); 133 IV 267 E. 3.3 S. 270 (1B_156/2007 vom 23. August 2007); Urteile 2C_495/2007 vom 27. März 2008 E.1.1; 1C_183/2008 vom 23. Mai 2008 E. 1.1; 2C_271/2008 vom 27. November 2008 E.3.2.3.

⁴⁰ BGE 135 III 1 E. 1.2 S. 4 (4A_299/2008 vom 28. Oktober 2008); BGE 135 I 6 (Urteil 6B_573/2008 und 6B_707/2008 vom 22. Dezember 2009).

⁴¹ Strafprozessordnung, StPO, BBl 2007 6977 ff.

⁴² Zivilprozessordnung, ZPO, BBl 2009 21 ff.

⁴³ Bundesgesetz über die Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Bundesrechtspflegegesetz, OG, AS 1992 288.

⁴⁴ BGE 134 I 125 E. 3.5 S. 134 ff. mit Hinweisen (1C_158/2007 vom 31. März 2008); vgl. auch Urteil 1C_183/2008 vom 23. Mai 2008, E. 1.1.3; BGE 124 I 101 E. 4 S. 106; 123 II 231 E. 7 S. 236 f. Diese Praxis findet in analoger Weise auch auf Art. 80 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 BGG Anwendung (Urteil 1B_264/2007 vom 20. Juni 2008; BGE 135 I 6 (6B_573/2008 vom 22. Dezember 2008).

⁴⁵ Urteile 1C_183/2008 vom 23. Mai 2008 E. 1.1.5; 1P.338/2006 und 1P.582/2006 vom 12. Februar 2007, E. 3.10; ZBl 108/2007 S. 313; 1C_185/2007 vom 6. November 2007 E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. BGE 123 II 231 E. 7 S. 236 zu Art. 98a OG.

⁴⁶ BGE 135 I 6 (Urteil 6B_573/2008 und 6B_707/2008 vom 22. Dezember 2008); Urteil 1B_264/2007 vom 20. Juni 2007 E. 3: Die kantonale Gerichtspraxis liess früher eine Beschwerde ans Kantonsgericht zu (nämlich in analoger Anwendung von § 147 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 2 lit. e StPO/BL; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes 1P.675/2005 vom 14. Februar 2006). Nach Inkrafttreten des BGG ist diese Praxis vom Kantonsgericht jedoch unter Bezugnahme auf die Übergangsfrist von Art. 130 Abs. 1 BGG geändert und eine direkte erstinstanzliche Anfechtbarkeit beim Verfahrensgericht ohne Weiterzugsmöglichkeit mit einem kantonalen Rechtsmittel vorgesehen worden.

⁴⁷ BGE 135 II 94 E. 6 S.102 ff. (2C_25/2009 vom 5. Februar 2009); Urteile 1C_467 und 529/2008 vom 12. März 2009 E. 1.3; 1C_540/2008 vom 26. März 2009 E. 1.2.4; 1C_183/2008 vom 23. Mai 2008 E. 1.1.5; vgl. BGE 123 II 231 E. 7 S. 236 zu Art. 98a OG.

2.3.1 Einheitsbeschwerden und subsidiäre Verfassungsbeschwerde

[Rz 14] Das Bundesgerichtsgesetz sieht drei ordentliche Rechtsmittel ans Bundesgericht vor, nämlich die Beschwerde in Zivilsachen,⁴⁸ die Beschwerde in Strafsachen,⁴⁹ und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.⁵⁰ Diese drei sog. Einheitsbeschwerden werden ergänzt durch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide.⁵¹ Dadurch konnte unter anderem sichergestellt werden, dass der Beschwerdeweg an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg immer über ein Gericht des Bundes führt.⁵² Urteile letzter kantonomer Instanzen können somit nicht direkt nach Strassburg «weitergezogen» werden. Sie sind vielmehr vorerst mit einer der drei Einheitsbeschwerden und, soweit diese nicht zulässig sind, mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht anzufechten.

[Rz 15] Im Zivilrecht steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen, wenn in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die in Art. 74 BGG enthaltene Streitwertgrenze nicht erreicht wird und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.⁵³ Bei der strafrechtlichen Einheitsbeschwerde wurde auf die Einführung eines «Mindeststreitwerts» verzichtet.⁵⁴ Das hat zur Folge, dass mit der wegen Verletzung von Bundes- oder Völkerrecht erhobenen Beschwerde in Strafsachen uneingeschränkt auch EMRK-Rügen vorgebracht werden können. Im öffentlichen Recht führt der Ausschluss der Einheitsbeschwerde häufig dazu, dass das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entscheidet. Seine Urteile unterliegen in diesem Fall auch in EMRK-relevanten Fragen keiner Anfechtungsmöglichkeit beim Bundesgericht. In Bezug auf die in Art. 85 BGG bei der Staatshaftung und den öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen vorgesehene Streitwertgrenzen gilt hinsichtlich der letztinstanzlichen kantonomer Entscheide das für die zivilrechtliche Beschwerde Ausgeführte.

[Rz 16] Mit den drei genannten Einheitsbeschwerden kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht beanstandet werden.⁵⁵ Dazu gehört auch die Rüge der Verletzung der EMRK.⁵⁶

2.3.2 Revision im Falle der Verletzung der EMRK

[Rz 17] Gemäss Art. 122 BGG kann die Revision

bundesgerichtlicher Urteile verlangt werden, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind (lit. a), eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen (lit. b) und die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen (lit. c). Hinsichtlich der Revision schweizerischer Urteile, welche die EMRK verletzen, führt das Bundesgerichtsgesetz im Wesentlichen die bisherige Regelung des OG⁵⁷ weiter. Das Revisionsgesuch ist beim Bundesgericht innert 90 Tagen, seit das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte nach Art. 44 EMRK endgültig ist, einzureichen.⁵⁸ Legitimiert ist, wer im Verfahren, das zum konventionswidrigen Entscheid geführt hat, Parteistellung hatte und deshalb an der Wiederaufnahme ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann. Der Revisionsentscheid und seine Auswirkungen auf einen allfälligen vorinstanzlichen Entscheid sind in Art. 128 BGG geordnet.⁵⁹

[Rz 18] Die Revision von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts erfolgt nach den gleichen Grundsätzen, wie sie für das Bundesgericht gelten.⁶⁰

[Rz 19] Nach Art. 46 Abs. 1 EMRK übernehmen die Vertragsstaaten die Pflicht, in den sie betreffenden Fällen das Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Wird eine Individualbeschwerde vom EGMR gutgeheissen, sind sie gehalten, soweit möglich für eine vollkommene Wiedergutmachung zu sorgen. Die Urteile des Gerichtshofs haben in der Regel rein deklaratorische Wirkung; es kann damit weder der konventionswidrige innerstaatliche Entscheid, der Gegenstand der Beschwerde gebildet hat, noch ein allenfalls diesem zugrunde liegendes nationales Gesetz aufgehoben werden.

[Rz 20] Die Art der Wiederherstellung des konventionskonformen Zustands bleibt im Wesentlichen Sache des einzelnen Staates. Aus der Konvention selber ergibt sich keine Verpflichtung, das innerstaatliche Verfahren wieder aufzunehmen. Gestattet das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung, spricht der Gerichtshof der verletzten Partei, soweit ihm dies notwendig erscheint, völkerrechtlichen Gepflogenheiten im zwischenstaatlichen Verkehr entsprechend, eine «gerechte Entschädigung» (Art. 41 EMRK) zu. Er macht heute von dieser Möglichkeit meist direkt Gebrauch, ohne die Frage der «restitutio in integrum» noch näher zu prüfen. Gestützt auf Art. 122 BGG

⁴⁸ Art. 72 ff. BGG.

⁴⁹ Art. 78 ff. BGG.

⁵⁰ Art. 82 ff. BGG.

⁵¹ Art. 113 ff. BGG.

⁵² Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht oder Bundesstrafgericht.

⁵³ Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

⁵⁴ Botschaft BGG, BBl 2001 4314 f., 4498.

⁵⁵ Art. 95 lit. a und b BGG.

⁵⁶ Botschaft BGG, BBl 2001 4314, 4335.

⁵⁷ Vgl. Art. 139a OG; Urteil des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 i.S. Amann E. 1 und 2, EuGRZ 2001 S. 319 ff.

⁵⁸ Art. 124 Abs. 1 lit. c BGG.

⁵⁹ Vgl. Urteil 5F_6/2008 vom 18. Juli 2008 (Art. 8 EMRK, Adoption, Wiederherstellung des Kindesverhältnisses zur leiblichen Mutter).

⁶⁰ Vgl. Art. 45 VGG (Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtsgesetz, SR 173.32) und Art. 31 SGG (Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über das Bundesstrafgericht, Strafgerichtsgesetz, SR 173.71).

kann das Bundesgericht umgekehrt ein Urteil revidieren, wenn die Wiedergutmachung der festgestellten Konventionsverletzung nicht anderweitig möglich ist. Das trifft etwa zu, wenn ein strafrechtlicher Schuldvorwurf auch nur implizit fortbesteht, oder wenn der konventionswidrige Zustand trotz der Feststellung einer Konventionsverletzung durch den Gerichtshof andauert. In diesen Fällen ist die Revision des bundesgerichtlichen Urteils möglich, falls sie geeignet erscheint, über die finanzielle Abgeltung hinaus fortbestehende, konkrete nachteilige Auswirkungen der Konventionsverletzung des ursprünglichen Verfahrens zu beseitigen.⁶¹

[Rz 21] Es ist grundsätzlich nicht Sache des EGMR, zu prüfen, ob der von ihm verurteilte Staat sein Urteil korrekt umgesetzt hat. Hierfür ist vielmehr das Ministerkomitee zuständig (Art. 46 Abs. 2 EMRK). Zur Beurteilung neuer Tatsachen, die sich beim Vollzug seines Urteils, namentlich im Rahmen eines Revisionsverfahrens ergeben haben, ist der Gerichtshof dagegen befugt (Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK). Weigert sich ein Vertragsstaat, ein solches Wiederaufnahmeverfahren zu eröffnen, so liegt keine solche neue Tatsache vor, weil sich die Situation des Beschwerdeführers in diesem Fall nach dem Urteil des EGMR nicht verändert hat.⁶²

[Rz 22] In einem Urteil vom 4. Oktober 2007⁶³ weicht der EGMR von den obgenannten Grundsätzen ab. Es betrifft einen Fall, in welchem der Verein gegen Tierfabriken (VgT) einen Fernsehspot gegen «tierquälerische Nutztierhaltung» im Rahmen des Werbefernsehens ausstrahlen lassen wollte, was ihm verweigert wurde. Das Bundesgericht lehnte eine dagegen gerichtete Beschwerde mit Urteil vom 20. August 1997 ab.⁶⁴ Der EGMR erblickte darin eine Verletzung von Art. 10 EMRK (Urteil vom 28. Juni 2001),⁶⁵ Der VgT verlangte hierauf vom Bundesgericht die Revision seines Urteils vom 20. August 1997, was dieses mit Urteil vom 29. April 2002 ablehnte.⁶⁶ Eine Revision ist nach Auffassung des Bundesgerichts nur zulässig, falls sie geeignet und erforderlich erscheint, über die finanzielle Abgeltung hinaus fortbestehende, konkrete nachteilige Auswirkungen zu beseitigen, und keine andere Möglichkeit der Heilung besteht. Beides sei

nicht geltend gemacht worden. Der Spot, dessen Ausstrahlung der VgT heute verlange, sei geändert worden. Überdies fehle dem Bundesgericht die Kompetenz, eine öffentlich-rechtliche Anweisung zur Ausstrahlung zu erlassen. Hierfür sei der zivilprozessuale Weg zu beschreiten. Der VgT wandte sich in der Folge erneut an den EGMR. Dieser relativierte mit Urteil vom 4. Oktober 2007 den Grundsatz, wonach die Überwachung des Vollzugs seines Urteils vom 28. Juni 2001 dem Ministerrat vorbehalten ist. Zudem setzte er sich über das Prinzip hinweg, wonach die Vertragsstaaten nicht zur Revision eines nationalen Urteils gezwungen werden können. Das Bundesgericht hat das Revisionsbegehren des Vereins gegen Tierfabriken mit den vorn erwähnten Argumenten sowie mit der Begründung abgewiesen, er habe nicht klar genug dargelegt, was für eine Änderung des früheren bundesgerichtlichen Urteils vom 20. August 1997 verlangt werde und zudem habe er nicht hinreichend dargetan, inwiefern er noch ein Interesse an der Ausstrahlung des umstrittenen TV-Spots habe.⁶⁷ Der EGMR wertete die Weigerung des Bundesgerichts, ein Wiederaufnahmeverfahren zu eröffnen, im Urteil vom 4. Oktober 2007 mit fünf gegen 2 Stimmen als erneute Verletzung von Art. 10 EMRK.⁶⁸ In der Folge verlangte die Schweiz gestützt auf Art. 43 EMRK, die Beurteilung des Falles durch die Grosse Kammer des EGMR. Dieses Begehren wurde am 31. März 2008 gutgeheissen. Das Urteil der Grossen Kammer des Gerichtshof erging am 30. Juni 2009 und führte mit elf gegen sechs Stimmen zu einer Bestätigung des EGMR-Urteils vom 4. Oktober 2007. Mit Blick auf die grosse Bedeutung, welche dem effizienten Vollzug der Urteile des EGMR im System der EMRK zukomme, habe die Schweiz die Pflicht gehabt, das EGMR-Urteil vom 28. Juni 2001 sowohl bezüglich der darin enthaltenen Schlussfolgerungen als auch bezüglich des darin enthaltenen Sinns nach Treu und Glauben zu vollziehen. Da im Revisionsurteil des Bundesgerichts vom 29. April 2002 neue Motive für die Aufrechterhaltung des Ausstrahlungsverbots des umstrittenen Spots fehlten, hätten die schweizerischen Behörden die Pflicht, die Ausstrahlung des Spots zu erlauben, ohne dies von weiteren Voraussetzungen (Weiterbestehen eines Interesses an einer öffentlichen Diskussion usw.) abhängig zu machen. In formeller Hinsicht hat die Grosse Kammer das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs im Sinne von Art. 35 Ziff. 1 EMRK mit fünfzehn gegen zwei Stimmen bejaht. Sie tat dies unter Verweisung auf das Kammerurteil vom 4. Oktober 2007 und somit mit dem Hinweis, das Bundesgericht habe sich in seinem Urteil vom 29. April 2002 – wenn auch nur kurz – materiell mit der Sache

⁶¹ Vgl. zum Ganzen: Urteil des EGMR *Amann gegen Schweiz* vom 16. Februar 2000; Urteile des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 i.S. Amann (Revision Art. 139a OG), E. 1 und 2, EuGRZ 2001 S. 319 ff. und 2A.526/2002 vom 29. April 2002 i.S. Verein gegen Tierfabriken, je mit zahlreichen Hinweisen auf Judikatur und Literatur.

⁶² MAYA HERTIG RANDALL, XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse du 4 octobre 2007 in: AJP 2008 S. 651 ff. S. 656.

⁶³ Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007 betreffend BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997).

⁶⁴ BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997).

⁶⁵ Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 28. Juni 2001, Recueil CourEDH 2001-VI, VPB 65.129.

⁶⁶ Urteil 2A.526/2001 vom 29. April 2002.

⁶⁷ Urteil 2A.526/2001 vom 29. April 2002.

⁶⁸ Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007, vgl. auch die von der Richterin Jäger angeführte Minderheitsmeinung; MAYA HERTIG RANDALL, XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse du 4 octobre 2007 in: AJP 2008 S. 651 ff.

befasst (vgl. die §§ 44 f.i.V.m. den §§ 43 f. des EGMR-Urteils vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer). Auch die Zuständigkeit der Gerichtshofs «ratione materiae» hat die Grosse Kammer mit elf gegen sechs Stimmen bejaht und erklärt, dies stehe im Einklang mit der in Art. 46 Ziff. 2 EMRK definierten Rolle des Ministerkomitees bei der Überwachung des Vollzugs von Urteilen des EGMR. Ergreife ein Staat Massnahmen zur Wiedergutmachung einer vom EGMR festgestellten EMRK-Verletzung und ergäben sich dabei neue Probleme, so könnten diese Gegenstand einer neuen Beschwerde vor dem EGMR bilden. Das Revisionsbegehren betreffend das Urteil vom 29. April 2002 habe auf neuen Tatsachen beruht, von denen das Ministerkomitee keine Kenntnis gehabt habe, als es im Juli 2003 seine Schlussresolution betreffend das EGMR-Urteil vom 28. Juni 2001 getroffen habe. Diese neuen Elemente müssten vom EGMR gemäss seiner Rechtsprechung mit Blick auf Art. 35 Ziff. 2 lit. b EMRK in einem neuen Verfahren überprüft werden können, wären sie doch sonst jeglicher EMRK-Kontrolle entzogen (vgl. die §§ 46 ff. insbesondere die §§ 61 ff. des EGMR-Urteils vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer).

[Rz 23] Den beiden Art. 35 EMRK betreffenden verfahrensrechtlichen Argumenten des Gerichtshofs ist folgendes entgegenzuhalten: Im Urteil vom 30. Juni 2009 wird festgehalten, Publisuisse SA habe am 30. November 2001 ein weiteres Gesuch des VgT, den mit einer Ergänzung versehenen Spot ausstrahlen zu lassen, abgewiesen. Ein dagegen erhobener Rekurs sei vom Bundesamt für Kommunikation am 3. März 2003 abgewiesen worden (§§ 19 f., 24 und 42 des EGMR-Urteils vom 30. Juni 2009). Das Bundesgericht konnte diesen Sachverhalt, was den Rekursentscheid des Bundesamtes für Kommunikation betrifft, in seinem dem EGMR-Urteil vom 30. Juni 2009 zugrundeliegenden Revisionsurteil nicht berücksichtigen, was unter dem Gesichtspunkt von Art. 35 Ziff. 1 EMRK problematisch erscheint. Der Gerichtshof ist überdies gestützt auf Ausführungen des VgT davon ausgegangen, der genannte Rekursentscheid sei innerstaatlich nicht anfechtbar gewesen. Ob dem mit Blick auf die Anfechtungsmöglichkeiten gestützt auf die EMRK so ist, haben zunächst die innerstaatlichen Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden, was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs nicht erfüllt war. In Bezug auf Art. 35 Ziff. 2 lit. b EMRK ist zu bemerken, dass sich durch die im Revisionsurteil vom 29. April 2002 enthaltene Weigerung des Bundesgerichts, sein Urteil vom 20. August 1997 zu revidieren, die Rechtslage betreffend die Einhaltung der EMRK-Garantien gegenüber dem EGMR-Urteil vom 28. Juni 2001 nicht verändert hat und sich diesbezüglich somit keine neue Tatsache ergeben hat.

[Rz 24] Mit seinem Vorgehen hat der EGMR in Bezug auf Staaten, die ein Revisionsverfahren kennen, für Vollzugsmassnahmen, welche diese zur Wiedergutmachung von festgestellten EMRK-Verletzungen anordnen, eine Art «Appellationsmöglichkeit» geschaffen. Den Urteilen des EGMR

kommt auch vor dem Hintergrund von Art. 46 Ziff. 1 EMRK keine indirekte kassatorische Wirkung zu (vgl. Ziff. 28 der von Richter Malinverni angeführten Minderheitsmeinung, EGMR-Urteil vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer). Das Urteil der Grossen Kammer eröffnet zusätzliche, in der EMRK nicht vorgesehene Weiterzugsmöglichkeiten an den ohnehin schon stark überlasteten EGMR. Es ist kaum in Einklang zu bringen mit dem Sinn von Art. 46 EMRK. Der Gerichtshof hat mit dieser Rechtsprechung zum innerstaatlichen Revisionsverfahren sowohl für das innerstaatliche Prozessrecht als auch für das Verfahren vor dem EGMR eine neue Rechtslage geschaffen, der die Rechtssuchenden und die zuständigen Behörden der Konventionsstaaten in Zukunft Rechnung tragen müssen. Er scheint somit Staaten, die ein Revisionsverfahren kennen, schlechter zu behandeln als solche, welche dieses Institut nicht kennen.⁶⁹

2.3.3 Voraussetzungen der Beschwerde ans Bundesgericht – Beschränkung von Vorbringen und Prüfungsmöglichkeiten

2.3.3.1 Früheres Recht (OG)

[Rz 25] Nach früherem Recht trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde nicht ein, wenn der Beschwerdeführer nicht zur Beschwerde legitimiert war⁷⁰ (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG, aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse, vgl. etwa hinten Ziff. 2.3.4), die Beschwerdefrist verpasste,⁷¹ oder wenn er den kantonalen Instanzenzug nicht erschöpft hatte.⁷² Ferner wurde auf eine staatsrechtliche Beschwerde nicht eingetreten, wenn die in Art. 90 Abs. 1 lit. b OG vorgeschriebenen Anforderungen an eine Beschwerdeschrift nicht erfüllt waren.⁷³ Das galt auch für Beschwerden, in denen die EMRK als verletzt gerügt wurde.⁷⁴

⁶⁹ Vgl. Ziff. 25 ff. der von Richter Malinverni angeführten Minderheitsmeinung, EGMR-Urteil vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer; MAYA HERTIG RANDALL, XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse du 4 octobre 2007 in: AJP 2008 S. 651 ff. S. 663 f. Zum Ganzen vgl. Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer betreffend das Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007 und BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997).

⁷⁰ Vgl. BGE 134 II 45 E. 2 S. 46 ff. (2C_622/2007 vom 14. Dezember 2007); 133 II 400 (1C_2/2007 vom 4. Oktober 2007); 133 II 353 E. 4 (1C_94/2007 vom 3. September 2007); 133 II 249 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007).

⁷¹ Vgl. z.B. Art. 54 Abs. 1 OG für die Berufung in Zivilsachen, Art. 89 Abs. 1 OG für die staatsrechtliche Beschwerde und Art. 106 Abs. 1 OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

⁷² Vgl. Art. 48 Abs. 1 OG für die Berufung in Zivilsachen, Art. 86 Abs. 1 OG für die staatsrechtliche Beschwerde und Art. 98a Abs. 1 OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

⁷³ MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, S. 90 N. 136 f.; vgl. auch Art. 55 OG für die Berufung in Zivilsachen und Art. 108 OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

⁷⁴ HAEFLIGER/SCHÜRMAN (Fn. 9), S. 374.

2.3.3.2 Bundesgerichtsgesetz

[Rz 26] An dieser Rechtsprechung orientiert sich das Bundesgericht auch bei der Anwendung des Bundesgerichtsgesetzes, in welchem diese Fragen neu einheitlich und zusammengefasst geregelt sind:

[Rz 27] In den Art. 100 (Beschwerde gegen Entscheide)⁷⁵ und 101 BGG (Beschwerde gegen Erlasse)⁷⁶ i.V.m. Art. 44 ff. BGG sind die Vorschriften zur Beschwerdefrist in Bezug auf die drei Einheitsbeschwerden und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde⁷⁷ enthalten.

[Rz 28] Die formellen Anforderungen an die Rechtsschriften sind in Art. 42 BGG festgehalten, wobei Art. 42 Abs. 5 und 6 Verbesserungsmöglichkeiten vorsieht.⁷⁸ Wird die Verletzung von Grundrechten und interkantonaem Recht geltend gemacht, so ist das (qualifizierte) Rügeprinzip zu beachten und eine substantiierte Begründung vorzubringen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten.⁷⁹ Das Bundesgericht prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Der Beschwerdeführer muss sich mit dem angefochtenen Entscheid in der Beschwerdeschrift detailliert auseinandersetzen. Appellatorische Kritik und blosser Verweisungen auf andere Unterlagen sind unzulässig.⁸⁰

[Rz 29] Die Feststellung des Sachverhalts kann gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig (willkürlich) ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Das Bundesgericht legt nach Art. 105 Abs. 1 BGG seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festge-

stellt hat. Es kann die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).⁸¹

[Rz 30] Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gab. Neue Begehren sind unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG).⁸²

2.2.3.3 Bedeutung für die Garantien der EMRK

[Rz 31] Diese Formvorschriften sind grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von EMRK-Garantien vor Bundesgericht zu beachten.⁸³ Wie nachstehend unter Ziffer 3 dargelegt wird, fühlt sich der EGMR in der Praxis bei der Anwendung von Art. 35 Abs. 1 EMRK nicht immer an diese Schranken des schweizerischen Prozessrechts gebunden.

2.3.4 Gegenstandslosigkeit des Verfahrens – aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse

2.3.4.1 Rechtsprechung des Bundesgerichts

[Rz 32] Wird eine Streitsache im Verlaufe des bundesgerichtlichen Verfahrens gegenstandslos, so wird sie in der Regel vom Instruktionsrichter als Einzelrichter durch Abschreibung erledigt (Art. 32 Abs. 2 BGG).⁸⁴ Voraussetzung ist dabei, dass

⁷⁵ Urteil 5A_33/2008 vom 26. Februar 2008 E. 2.3; 5A_144/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 1; 5A_352/2007 vom 7. September 2007 E. 2.1; 4A_83/2008 vom 11. April 2008.

⁷⁶ Urteile 2C_561/2007 vom 6. November 2008 E. 1.3; 2C_53/2008 vom 22. August 2008 E. 2.3.

⁷⁷ Vgl. die Verweisung in Art. 117 BGG auf Art. 100 BGG.

⁷⁸ BGE 134 II 244 E. 2 S. 245 ff. (1C_380/2007 vom 19. Mai 2008); 134 II 45 E. 2 S. 46 ff. (2C_622/2007 vom 14. Dezember 2007); 133 II 396 E. 2.2 S. 399 (2C_224/2007 vom 10. September 2007); 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007); BGE 133 IV 286 E. 1.4 S. 287 (6B_178/2007 vom 23. Juli 2007); 133 III 439 E. 2.2.2.1 S. 442 und E. 3.2 S. 444 (4A_68/2007 vom 4. Juni 2007); 133 III 545 E. 2.2 S. 550 (4A_12/2007 vom 3. Juli 2007); BGE 133 IV 286 E. 1.4 S. 287 (6B_178/2007 vom 23. Juli 2007).

⁷⁹ BGE 133 II 409 (1C_86/2007 vom 31. Oktober 2007 i.S. Gemeinde Sool/GL); Urteil 1C_6/2007 vom 22. August 2007 E. 2.9; vgl. BGE 133 II 370 (1A_237/2006 vom 7. September 2007) sowie Urteile 1A.108/2004 vom 17. November 2004 und 1A.85/2006 vom 26. Januar 2007; vgl. ferner BGE 133 III 489 E. 3.1 (4A_102/2007 vom 9. Juli 2007).

⁸⁰ BGE 133 II 249 E. 1.4.1 und 1.4.2 S. 254 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007); 133 II 396 E. 3.1 und 3.2 S. 399 f. (2C_224/2007 vom 10. September 2007, subsidiäre Verfassungsbeschwerde); 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007); 133 III 393 E. 6 S. 397 (5A_52/2007 vom 22. Mai 2007); 133 IV 286 E. 1.4 S. 287 f. (6B_178/2007 vom 23. Juli 2007); 133 III 545 E. 2.2 S. 550 (4A_12/2007 vom 3. Juli 2007).

⁸¹ BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252 und E. 1.4.3 S. 254 f. (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007); 133 III 545 E. 2.3 S. 550 (4A_12/2007 vom 3. Juli 2007); 133 III 462 E. 2.4 S. 466 f. (4A_61/2007 vom 13. Juni 2007); 133 III 393 E. 7 S. 397 ff. (5A_52/2007 vom 22. Mai 2007).

⁸² BGE 134 V 223 E. 2 S. 226 f. (9C_568/2007 vom 14. März 2008, Verjährungseinrede); BGE 133 IV 342 (6B_324/2007 vom 5. Oktober 2007, ein nach dem kantonal letztinstanzlichen Strafurteil ergehendes Geständnis ist vor Bundesgericht unbeachtlich, ev. Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 385 StGB); 133 III 393 E. 3 S. 395 (5A_52/2007 vom 22. Mai 2007); 133 III 462 E. 2.4 S. 466 f. (4A_61/2007 vom 13. Juni 2007); vgl. auch Urteil des EGMR *Glor gegen Schweiz* vom 30. April 2009 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 2A.590/2003 vom 9. März 2004 (Befreiung vom Wehrpflichtersatz; der EGMR wirft darin der Schweiz eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vor, unter anderem weil das Bundesgericht sich geweigert hat, im Rahmen eines Revisionsverfahrens nach Art. 122 BGG dem «neuen» Begehren auf Ausstrahlung eines Fernsehspots stattzugeben, welcher gegenüber der ursprünglichen Fassung geändert wurde).

⁸³ Zu Art. 106 Abs. 2 BGG vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 und 2.2 S. 245 f. mit Hinweisen (1C_380/2007 vom 19. Mai 2008). Im Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 2 BGG wird die Praxis zum Rügeprinzip gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG weiter geführt (vgl. dazu BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.; 129 I 113 E. 2.1 S. 120); BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254. Das gilt auch für Sachverhaltsbeanstandungen: BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007); Urteil 1C_262/2007 vom 31. Januar 2008 E. 3. Es gilt die Rüge- und Begründungspflicht von Art. 106 Abs. 2 BGG: BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255 (1C_3/2007 vom 20. Juni 2007).

⁸⁴ Ist eine Beschwerde vor Bundesgericht gegenstandslos geworden und mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nicht materiell zu behandeln, so ist nach Art. 71 BGG (ergänzendes Recht) in Verbindung mit Art. 72 BZP über die Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten) mit summarischer Begründung aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes

der Beschwerdeführer kein aktuelles, praktisches Rechtsschutzinteresse an der Behandlung seiner Rügen mehr hat. Das Bundesgericht soll nur über konkrete und nicht über bloss theoretische Fragen entscheiden. Die Verfahrenserledigung durch Abschreibung dient somit namentlich der Prozessökonomie.⁸⁵ Besteht bei Gegenstandslosigkeit indessen ein solches aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Beschwerde fort, so wird die Sache vom Bundesgericht materiell behandelt. Andernfalls würde dem Beschwerdeführer mitunter der ihm in Art. 29a BV grundsätzlich garantierte Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz vorenthalten.⁸⁶ Zu beachten sind ferner die sich aus Art. 31 Abs. 3 und 4 BV ergebenden Ansprüche auf gerichtlichen Rechtsschutz. In Bezug auf die EMRK gilt es, bei Abschreibungen zufolge Gegenstandslosigkeit die Rechtsweggarantie der Art. 5 Ziff. 4 und 6 Ziff. 1 EMRK sowie das in Art. 13 EMRK verankerte Recht auf wirksame Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz zu respektieren.⁸⁷

[Rz 33] Wird ein angefochtener Haftentscheid während des bundesgerichtlichen Verfahrens durch einen neuen ersetzt, so wird die gegen den ersten Haftentscheid gerichtete Beschwerde dennoch materiell beurteilt.⁸⁸ Wenn die gegenstandslos gewordene Beschwerde Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte, wird sie ebenfalls materiell behandelt.⁸⁹ In diesem Sinne beurteilte das Bundesgericht vereinzelt Haftbeschwerden von Beschwerdeführern, die während des bundesgerichtlichen Verfahrens aus der Untersuchungshaft entlassen worden sind.⁹⁰

zu entscheiden. Bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist somit in erster Linie auf den mutmasslichen Ausgang des Prozesses abzustellen. Dem Bundesgericht steht dabei ein weites Ermessen zu. Nach ständiger Praxis kann es nicht darum gehen, bei der Beurteilung des Kostenpunkts über die materielle Begründetheit der Beschwerde abschliessend zu befinden. Vgl. BGE 118 Ia 488 E. 4 S. 494; 111 Ib 182 E. 7 S. 191, mit Hinweisen.

⁸⁵ BGE 128 II 34 E. 1b; 126 I 144 E. 2a; 125 I 394 E. 4a; 123 II 285 E. 4; LANTER (Fn. 17), S. 216 ff.

⁸⁶ Dabei sind allerdings die für die Umsetzung von Art. 29a BV in den Bereichen des Straf- und des Zivilrechts noch laufenden Übergangsfristen zu Gunsten der Kantone zu beachten.

⁸⁷ MARK E. VILLIGER (Fn. 73), S. 230 f.N. 366, 239 f.N. 375 und S. 424 ff. N. 647 ff.

⁸⁸ Urteil 1P.590/2006 vom 2. Oktober 2006; Urteil 1P. 256/2002 vom 5.6.2002. Vgl. MARKUS FELBER, NZZ Nr. 239 vom 15. Oktober 2007 S. 7 und Urteil 5A_548/2007 vom 27. September 2007.

⁸⁹ BGE 131 II 670 E. 1.2 S. 674 zu Art. 103 lit. a OG; BGE 127 I 164 E. 1a S. 166 zu Art. 88 OG, je mit weiteren Hinweisen; BGE 133 IV 267 unveröffentlichte E. 2.1 (1B_156/2007 vom 23. August 2007 E. 2.1 (Jugendstrafrecht); zum früheren Recht vgl. Übersicht in BGE 125 I 394 E. 4b S. 397/398. Zum BGG vgl. auch BGE 133 IV 267 unveröffentlichte E. 2.1 (1B_156/2007 vom 23. August 2007 E. 2.1); Urteil 1C_89/2007 vom 13. Juli 2007 E. 1.3; Verfügung vom 1B_158/2007 vom 21.9.2007 E. 2.1.

⁹⁰ BGE 133 IV 267 (1B_156/2007 vom 23.8.2007); BGE 125 I 394 E. 4a S. 397

[Rz 34] Im Übrigen lehnt es das Bundesgericht unter Hinweis auf das mangelnde aktuelle praktische Interesse unter Vorbehalt besonders gelagerter Ausnahmefälle⁹¹ aber ab, auf gegenstandslos gewordene Beschwerden einzutreten.⁹²

[Rz 35] Das hat im Fall Camenzind zu einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR geführt. Der Beschwerdeführer benützte im Jahr 1991 ein nicht zugelassenes schnurloses Telefon und wurde deswegen in eine Strafuntersuchung einbezogen, in deren Verlauf unter anderem eine Hausdurchsuchung durchgeführt wurde. Auf die gegen diese Zwangsmassnahme gerichtete Beschwerde trat das Bundesgericht mangels eines aktuellen Rechtsschutzbedürfnisses nicht ein.⁹³ Der EGMR erblickte in diesem Vorgehen eine Verletzung von Art. 13 i.V.m Art. 8 EMRK, weil das Nichteintreten des Bundesgerichts eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der Zwangsmassnahme verunmöglichte.⁹⁴

[Rz 36] Verschiedentlich weigerte sich das Bundesgericht, gegenstandslos gewordene Beschwerden materiell zu behandeln, mit der Begründung, dem Beschwerdeführer stünden andere, besser geeignete Verfahren zur Verfügung (z.B. strafprozessuale Entschädigungsverfahren, Staatshaftung), in denen er seine Rügen vorbringen könne.⁹⁵

2.3.4.2 Kritik – Folgerung

[Rz 37] Die geschilderte bundesgerichtliche Rechtsprechung wird in der Lehre kritisiert. Es wird darauf hingewiesen, die in der EMRK und in Art. 29a BV verankerte Rechtsweggarantie dürfe nicht durch formale Eintretensvoraussetzungen beeinträchtigt werden. Das vom Bundesgericht verwendete Eintretenserfordernis des aktuellen praktischen Interesses sei zu kompliziert und werde den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsweggarantie nicht hinreichend gerecht.⁹⁶

[Rz 38] Das genannte Eintretenserfordernis an sich ist aber kaum zu beanstanden. Problematisch ist dessen zu restriktive Handhabung in der Gerichtspraxis. Die Aktualität des Rechtsschutzinteresses sollte jedenfalls nicht verneint werden, soweit EMRK-Garantien in Frage stehen, deren Verletzung beim EGMR geltend gemacht werden können.⁹⁷

je mit Hinweisen.

⁹¹ Urteil 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006.

⁹² Urteil 1B_158/2007 vom 21. September 2007; BGE 125 I 394 E. 4b S. 397 f. mit Hinweisen.

⁹³ BGE 118 IV 67 E. 1c S. 69 (G.7/1992 vom 27. März 1992).

⁹⁴ Urteil des EMGR *Camenzind gegen Schweiz* vom 16. Dezember 1997, Recueil CourEDH 1997-VIII, S. 2880 ff., § 54, s. auch VPB 62.113.

⁹⁵ BGE 125 I 394; Urteil 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006.

⁹⁶ MARK E. VILLIGER (Fn. 73), S. 426 N. 650; MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008 S. 147 ff. mit Hinweisen.

⁹⁷ LANTER (Fn. 17), S. 219.

3. Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerde an den EGMR

3.1 Inhalt und Bedeutung von Art. 35 Abs. 1 EMRK

[Rz 39] Der EGMR kann sich nach Art. 35 Abs. 1 EMRK mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe befassen. Der Beschwerdeführer muss die EMRK-relevanten Rügen den innerstaatlichen Behörden verfahrensrechtlich korrekt vortragen. Dem einzelnen Staat soll ermöglicht werden, einer behaupteten Konventionsverletzung mit eigenen Mitteln zu begegnen.⁹⁸ Der Menschenrechtsschutz sollte nicht auf die internationale Ebene verlagert werden.⁹⁹ Es ist grundsätzlich den einzelnen Staaten überlassen, das Verfahren zu regeln, in welchem die EMRK-Garantien innerstaatlich geltend gemacht werden können. Voraussetzung ist einzig, dass es für die Rechtssuchenden zumutbar ist, die innerstaatlichen Verfahrensgrundsätze einzuhalten.¹⁰⁰ Der EGMR betont daher immer wieder, dass für ihn die materielle Verwirklichung der EMRK-Garantien in den 47 europäischen Mitgliedstaaten der Konvention entscheidend sei. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, wählt er bei der Umsetzung der genannten Grundsätze jedoch einen betont pragmatischen, eigenständigen Weg. Zwar wendet er sich zu Recht dagegen, dass in den einzelnen Ländern zu hohe formelle Hürden für den Zugang zum Rechtsschutz aufgebaut werden. Er will auf diese Weise verhindern, dass die Mitgliedstaaten durch übertriebene formelle Prozessvoraussetzungen und Überprüfungsbeschränkungen sowie durch überspitzten Formalismus im nationalen Verfahren die EMRK-Garantien unterlaufen. Grundsätzlich ist es aber auch nach Auffassung des EGMR Sache der Konventionsstaaten, die innerstaatlichen formellen Anforderungen an das Beschwerderecht zu bestimmen. Ihre Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsorgane dürfen dabei das Beschwerderecht lediglich nicht aushöhlen und auf diese Weise die Gewährleistung des Rechtsschutzes durch den EGMR verunmöglichen.¹⁰¹ In der Praxis räumt der Gerichtshof jedoch dem innerstaatlichen Prozessrecht bisweilen nicht den ihm zustehenden Stellenwert ein, auch wenn es für die Rechtssuchenden zumutbar ist, die entsprechenden Verfahrensvorschriften einzuhalten.

[Rz 40] Entsprechend der innerstaatlichen Ausgestaltung des

Rechtsschutzes kam in der Schweiz bisher in letzter Instanz, abgesehen von wenigen Ausnahmen,¹⁰² ein Rechtsmittel ans Bundesgericht in Frage. In Bezug auf Entscheide letzter kantonalen Instanzen ist dies mit Blick auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unverändert geblieben. Demgegenüber können nicht alle Entscheide der beiden auf Bundesebene neu geschaffenen Gerichte (Bundesstrafgericht und Bundesverwaltungsgericht) ans Bundesgericht weitergezogen werden. Soweit diese beiden unterinstanzlichen Gerichte des Bundes letztinstanzlich entscheiden, können ihre Urteile in EMRK-relevanten Punkten direkt beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angefochten werden.

3.2 Nichteintretensentscheide der Konventionsstaaten

[Rz 41] Tritt die letzte innerstaatliche Instanz aus formellen Gründen auf ein Rechtsmittel nicht ein, so gilt der Rechtsweg im Sinne von Art. 35 EMRK grundsätzlich nicht als erschöpft. Das ist etwa der Fall bei Nichteintretensentscheiden des Bundesgerichts wegen Nichtbeachtung der Rechtsmittelfrist (Art. 100 i.V.m Art. 44 ff. BGG), der allgemeinen Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) sowie der namentlich auf die Grundrechte zugeschnittenen besonderen Rüge- und Begründungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG.

3.2.1 Qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG)

[Rz 42] Die Eintretensvoraussetzung von Art. 35 Ziff. 1 EMRK ist erfüllt, wenn das Bundesgericht oder eine andere letzte nationale Instanz ein EMRK-Grundrecht von Amtes wegen geprüft hat. Zudem ist es für die materielle Behandlung einer Streitsache durch den EGMR nicht nötig, dass sich Rechtssuchende im innerstaatlichen Verfahren formell auf die konkreten Vorschriften der EMRK berufen haben. Vielmehr genügt es, wenn diese Rügen im nationalen Verfahren im Wesentlichen sinngemäss erhoben worden sind.¹⁰³ Der EGMR schreibt, die Rüge müsse «au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales compétentes» geltend gemacht worden sein. Er fügt aber sogleich – und in gewisser Weise widersprüchlich – an, die sinngemässe Anrufung einer EMRK-Garantie im nationalen Verfahren genüge für das Eintreten im Strassburger Verfahren. Er wendet das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs mit einer gewissen *Souplesse* an.¹⁰⁴ Sind diese Voraussetzungen

⁹⁸ HAEFLIGER/SCHÜRMANN (Fn. 9), S. 401; LANTER (Fn. 9), S. 59 f.

⁹⁹ LANTER (Fn. 9), S. 38.

¹⁰⁰ LANTER (Fn. 17), S. 213.

¹⁰¹ Urteil des EGMR *Ankerl gegen Schweiz* vom 23. Oktober 1996 § 34 i.V.m § 21 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 4P.183/1990 E.E. 2b; LANTER (Fn. 17), S. 67 f.

¹⁰² MARK E. VILLIGER, (Fn. 73), S. 87 N. 129.

¹⁰³ MARK E. VILLIGER (Fn. 73), S. 89 N. 134 f.; vgl. z.B. Urteil des EGMR *Glor gegen Schweiz* vom 30. April 2009 § 55 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 2A.590/2003 vom 9. März 2004 (Befreiung vom Wehrpflichtersatz).

¹⁰⁴ Vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMANN (Fn. 9), S. 406 f.; Urteil des EGMR *Ankerl gegen Schweiz* vom 23. Oktober 1996 § 34 i.V.m § 21 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 4P.183/1990 E.E. 2b; Urteil des EGMR *Glor gegen Schweiz* vom 30. April 2009 § 55 betreffend das Urteil des Bundesgerichts

erfüllt, erachtet der EGMR den nationale Rechtsweg im Sinne von Art. 35 Ziff. 1 EMRK als wirksam erschöpft. Wie vorn unter Ziffer 2.3.3 ausgeführt, genügt diese Rügeform im Lichte von Art. 106 Abs. 2 BGG für das bundesgerichtliche Verfahren grundsätzlich jedoch nicht. Anders verhält es sich beim Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht.¹⁰⁵

[Rz 43] Damit übt der EGMR hinsichtlich der Eintretensvoraussetzungen der Rüge- und Begründungspflicht in seinem Verfahren fallbezogen eine grosszügigere Eintretens-Praxis als das Bundesgericht im bundesgerichtlichen Verfahren gestützt auf Art. 106 Abs. 2 BGG.

[Rz 44] In der Praxis liess es das Bundesgericht namentlich im Bereich der persönlichen Freiheit im Straf- und Strafprozessrecht trotz der für Grundrechtsverletzungen geltenden qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG häufig genügen, dass die entsprechenden Rügen sinngemäss vorgebracht wurden. Diese Rechtsprechung wird auch in Anwendung des heutigen Art. 106 Abs. 2 BGG fortgesetzt.¹⁰⁶ Teilweise dürfte dieses pragmatische Vorgehen auf den Einfluss der obgenannten Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen sein. Es trägt jedenfalls in konstruktiver Weise dazu bei, die grundsätzlich bestehende Diskrepanz zwischen den innerstaatlich geltenden strengen Vorschriften betreffend die Rüge- und Begründungspflicht und der grosszügigen Eintretenspraxis des EGMR erheblich abzuschwächen.

3.2.2 Sachverhalt (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG)

[Rz 45] Der EGMR legt seinem Urteil häufig einen vom «angefochtenen» letztinstanzlichen nationalen Entscheid abweichenden Sachverhalt zugrunde. Der so ergänzte Sachverhalt enthält oft Fakten, die im nationalen Verfahren mit Blick auf innerstaatliche Verfahrensregeln nicht rechtsgültig vorgebracht worden sind, nicht geprüft werden durften oder

sich erst nach dem letztinstanzlichen nationalen Entscheid ereignet haben.¹⁰⁷

3.2.3 Obiter dicta in nationalen Nichteintretensentscheiden

[Rz 46] Bisweilen fügt das Bundesgericht in der Begründung seines Nichteintretensentscheides im Sinne von obiter dicta materielle Begründungselemente an, um sein Urteil für die Parteien plausibler zu machen. Dies nimmt der EGMR mitunter zum Anlass, sich insoweit (trotz des nationalen Nichteintretensentscheides) bezogen auf diese obiter dicta materiell mit der Sache zu befassen.¹⁰⁸ Das ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 35 Ziff. 1 EMRK fragwürdig und für den nationalen Richter unbefriedigend. Er steht vor der Wahl, solche obiter dicta konsequent wegzulassen oder sich in Missachtung innerstaatlicher Formvorschriften mit einer Sache materiell auseinanderzusetzen, wenn er eine EMRK-Verletzung erkennt. Jedenfalls sollten Urteilmotive dieser Art sehr sorgfältig abgefasst werden.

3.3 Beispiele

3.3.1 Erweiterung des Streitgegenstandes durch den EGMR

[Rz 47] Brian Eyre McHugo hat vor Bundesgericht geltend gemacht, die vom Zuger Obergericht festgestellte Verletzung des Beschleunigungsgebots verbiete es gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen und eine Entschädigung zu verweigern. Die blosser Feststellung, es sei im Strafverfahren Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt worden, hat er vom Bundesgericht angesichts der vom Obergericht festgestellten Verletzung des Beschleunigungsgebots nicht verlangt. Das Bundesgericht entschied, die angefochtene Kosten- und Entschädigungsregelung verletze die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK nicht. Daran ändere auch die festgestellte Verletzung des Beschleunigungsgebots nichts. Der EGMR hat die Auffassung des Bundesgerichts hinsichtlich der im bundesgerichtlichen Verfahren allein streitigen Problematik der Unschuldsvermutung geteilt, die Beschwerde aber unter dem Titel der Verfahrensdauer entgegengenommen, obwohl diese für sich allein nicht Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens war und dazu vor Bundesgericht auch kein entsprechender Antrag gestellt wurde. In der Folge hat der EGMR die Schweiz wegen Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Nichteinhaltung des «*delai raisonnable*») verurteilt.¹⁰⁹

2A.590/2003 vom 9. März 2004 (Befreiung vom Wehrpflichtersatz). Im Urteil des EGMR *Carlson gegen Schweiz* vom 6. November 2008 §§ 45-50 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006 hat der Gerichtshof festgehalten, der durch einen Anwalt vertretene amerikanische Beschwerdeführer, der selbst Jurist sei, habe zwar die Rüge der Verletzung von Art. 8 EMRK im innerstaatlichen Verfahren nicht ausdrücklich erhoben. Er habe diese EMRK-Garantie jedoch vor Bundesgericht sinngemäss angerufen und damit die Voraussetzung der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges erfüllt (Auseinandersetzung über die Rückführung eines Kindes nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HEntfÜ; SR 0.211.230.02).

¹⁰⁵ CHRISTOPH AUER in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 zu Art. 12 N. 12 S. 195.

¹⁰⁶ BGE 122 V 47 E. 4a S. 58; 120 Ia 31 E. 4b S. 40; 120 Ia 247 E. 2a S. 250; 118 Ia 64 E. 3b S. 75; 106 IV 85 E. 2b S. 88; 1B_89/2008 vom 28. April 2008 E. 3.2; 1B_72/2007 vom 16. Mai 2007 E. 2; 6P.172/2006 vom 28. Dezember 2006 E. 2; 1P.63/2003 vom 8. Mai 2003 E. 2.

¹⁰⁷ s. Beispiele in Ziff. 3.3.

¹⁰⁸ HAEFLIGER/SCHÜRMAN (Fn. 9), S. 408; Urteil des EGMR *Huber Jutta gegen Schweiz* vom 23. Oktober 1990; Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007; LANTER (Fn. 17), S. 215.

¹⁰⁹ Urteil des EGMR *McHugo gegen Schweiz* vom 21. September 2006 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.142/1999 vom 24. Juni 1999; Zulassungsentscheid des EGMR *McHugo gegen Schweiz* vom 12. Mai 2005

3.3.2 Begründungspflicht

[Rz 48] Ähnlich liegt der Fall *Kaiser*.¹¹⁰ Hier waren die Haftgründe unbestrittenermassen gegeben. Die Beschwerdeführerin machte einzig geltend, die Haftanordnung sei verspätet erfolgt, weshalb sie freigelassen werden müsse. Der Haftrichter hat vor Bundesgericht eingeräumt, die richterliche Haftprüfung sei zwar eindeutig zu spät erfolgt. Dies führe jedoch nicht zur sofortigen Haftentlassung, da die gesetzlichen Haftgründe gegeben seien. Die Beschwerdeführerin setzte sich in der staatsrechtlichen Beschwerde damit nicht auseinander, sondern behauptete lediglich, die Missachtung der Frist müsse zur sofortigen Haftentlassung führen. Das Bundesgericht hielt diese Begründung im Lichte von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG für ungenügend, trat deshalb auf die Beschwerde nicht ein, fügte aber ausdrücklich bei, der angefochtene Haftentscheid sei offensichtlich verspätet. Im vorn erwähnten Urteil vom 15. März 2007 hielt der EGMR auch bei dieser Konstellation fest, die Schweiz habe Art. 5 Ziff. 3 EMRK verletzt. Nachdem offensichtlich klar war, dass die richterliche Überprüfung der Haftgründe für die Inhaftnahme im Sinne von Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK verspätet erfolgt war, hätte das Bundesgericht in diesem Punkt die Beschwerde wohl materiell behandeln und gutheissen müssen. Damit wäre die Verurteilung der Schweiz durch den EGMR verhindert worden.

[Rz 49] Als Gegenbeispiel sei auf das Urteil *Hilpert* hingewiesen, in welchem der EGMR die Auffassung des Bundesgerichts geteilt hat, der Beschwerdeführer habe seine Rüge nicht hinreichend begründet.¹¹¹

3.3.3 Erweiterung des Sachverhalts durch den EGMR

[Rz 50] Im Fall *Boultif* gegen die Schweiz ging es um die Verweigerung der Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung wegen Raubüberfall betreffend einen mit einer Schweizerin verheirateten Algerier. Das in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht grundsätzlich verbindliche Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich erging am 16. Juni 1999. Das Bundesgericht entschied am 3. November 1999 und der EGMR-Entscheid erfolgte am 2. August 2001. In diesem Erkenntnis berücksichtigte und würdigte der EGMR

(VPB 70.113) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.142/1999 vom 24. Juni 1999.

¹¹⁰ Urteil des EGMR *Kaiser gegen Schweiz* vom 15. März 2007 (in Pra 96/2007 S. 744) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.688/2003 vom 5. Dezember 2003 (Célestine Kaiser, Haft, Strafuntersuchung wegen Menschenhandels und Förderung der Prostitution); vgl. auch Urteil des EGMR *Carlson gegen Schweiz* vom 6. November 2008 §§ 45-50 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006.

¹¹¹ Nichtzulassungsentscheid des EGMR *Hilpert gegen Schweiz* vom 29. November 2001 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 4P.112/2000 vom 6. Juni 2000; vgl. auch Urteil des EGMR *Carlson gegen Schweiz* vom 6. November 2008 § 98 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 5P.199/2006 vom 13. Juli 2006; LANTER (Fn. 17), S. 214.

das (Wohl-) Verhalten des Beschwerdeführers bis zum 28. Februar 2000.¹¹²

[Rz 51] Im Fall *Munari* hat das Bundesgericht in Gutheissung einer Beschwerde am 20. Juni 2001 eine Verletzung des Beschleunigungsgebots festgestellt und die kantonalen Behörden angehalten, das Strafverfahren umgehend abzuschliessen. Die kantonalen Behörden haben das Verfahren trotzdem weiter verzögert. Diese weitere unzulässige Verzögerung wurde vom EGMR in seinem Urteil vom 12. Juli 2005 mit zum Anlass genommen, die Schweiz wegen Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu verurteilen, obwohl der innerstaatliche Instanzenzug diesbezüglich nicht erschöpft war. Die Untätigkeit der Tessiner Behörden hätte mit Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 94 BGG) beim Bundesgericht beanstandet werden können.¹¹³

3.4 Folgerung

[Rz 52] Diese Darlegungen zeigen, dass hinsichtlich der Rechtsprechung des EGMR betreffend das in Art. 35 Ziff. 1 EMRK enthaltene Eintretenserfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs Unklarheit und Rechtsunsicherheit besteht. Die künftige Praxis des EGMR ist in vielen Punkten nicht oder nur sehr schwer voraussehbar. Ebenso hat sich ergeben, dass zwischen dem Erfordernis von Art. 35 Ziff. 1 EMRK und dem nationalen Verfahrensrecht ein sehr enger Zusammenhang besteht. Das bewirkt, dass sich diese Rechtsunsicherheit auf das nationale Verfahren überträgt und sowohl für die Rechtssuchenden als auch für die rechtsanwendenden Behörden Probleme schafft. Der Hauptgrund für diese Situation liegt darin, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung kasuistisch vorgeht, auf Einzelfallgerechtigkeit bedacht ist und für ihn die Regelbildung aus Gründen des Subsidiaritätsprinzips und der Souveränität der Konventionsstaaten nicht im Vordergrund steht. Eine Verbesserung dieses Zustandes setzt das Zusammenwirken aller Beteiligten voraus, wie dies Lanter zutreffend verlangt.¹¹⁴ Dazu gehören auch die Rechtssuchenden und deren Vertreter, die

¹¹² Urteil des EGMR *Boultif gegen Schweiz* vom 2. August 2001 §§ 25 und 51 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 2A.388/1999 vom 3. November 1999, vgl. auch Revisionsurteil, Abweisung, 2A.363/2001 vom 6. November 2001; (Verletzung von Art. 8 EMRK); Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 30. Juni 2009, Grosse Kammer betreffend das Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007 und BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997) § 64; *Glor gegen Schweiz* vom 30. April 2009 betreffend das Urteil des Bundesgerichts 2A.590/2003 vom 9. März 2004 (Befreiung vom Wehrpflichtersatz) § 42, § 48 und § 55 sowie *Kaiser gegen Schweiz* vom 15. März 2007 (Pra 96/2007 S. 744) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.688/2003 vom 5. Dezember 2003. Vgl. ferner MARK E. VILLIGER, (Fn. 73), S. 89, N 134 f. und N 138 mit Hinweisen.

¹¹³ Urteil des EGMR *Munari gegen Schweiz* vom 12. Juli 2005 (VPB 69.137) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P. 315/2001 vom 20. Juni 2001.

¹¹⁴ LANTER (Fn. 17), S. 83.

durch eine sorgfältige Geltendmachung der in Frage kommenden EMRK-Garantien im innerstaatlichen Verfahren viel zur korrekten Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs beitragen können. Für den EGMR bedeutet das, dass er sich bei der Anwendung des Eintretenserfordernisses der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs mehr Zurückhaltung auferlegen und dem innerstaatlichen Verfahrensrecht mehr Rechnung tragen sollte. Umgekehrt ist es wohl angezeigt, dass das Bundesgericht namentlich bei den Anforderungen an die Begründungs- und Rügepflicht in EMRK-Fällen bisweilen etwas grosszügiger verfährt und dabei an seine Praxis, sinngemäss erhobene Rügen genügen zu lassen, anknüpft. Auch beim Erfordernis des Rechtsschutzinteresses sowie bei der Sachverhaltsfeststellung ist mitunter fallweise ein etwas weniger strenges Vorgehen ratsam. Für die nationalen Instanzen stellt sich somit die Frage, inwieweit sie die formellen Anforderungen an das Beschwerderecht in völkerrechtskonformer Interpretation der entsprechenden innerstaatlichen Prozessbestimmungen ähnlich grosszügig handhaben sollen wie der EGMR. Für die Schweiz ist vertieft zu überlegen, ob in EMRK-Fällen mit Blick auf einen allfälligen «Weiterzug» an den EGMR das innerstaatlich in Art. 111 BGG verankerte Prinzip der Einheit des Verfahrens ausgeprägter als bisher analog angewendet werden könnte. Solche Bemühungen würden jedenfalls zu einer besseren Umsetzung der EMRK beitragen. Überdies würden damit unnötige Verurteilungen durch den EGMR, an denen niemand interessiert sein kann, vermieden.

4. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts

[Rz 53] Die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR beziehen sich auf einzelne Garantien der EMRK, wobei die Art. 5 Ziff. 3 und 4 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit), Art. 6 Ziff. 1 und 2 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) im Vordergrund stehen.

4.1 Öffentlichkeitsprinzip

4.1.1 Allgemeines

[Rz 54] In seiner Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsprinzip sucht das Bundesgericht einen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen von allgemeinem Publikum und den Medien einerseits und den Prozessbeteiligten andererseits. Dabei stösst das Öffentlichkeitsprinzip jedenfalls dort an Grenzen, wo Verfahrensmitgliedern und Dritten durch unzulässige und unverhältnismässige Beeinträchtigung der Privatsphäre Schaden zugefügt wird (Art. 13 BV, 8 und 10 EMRK und Art. 28 ff. ZGB) und wo die verfahrensrechtliche und in der Folge auch die materiellrechtliche Situation

ungerechtfertigt beeinträchtigt wird. Führen etwa im Strafprozess Medienberichte zu unzulässigen Vorverurteilungen (Unschuldsvermutung, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK), so ist dies mitunter bei der Strafzumessung strafmindernd zu berücksichtigen. Die Gerichte dürfen es jedoch nicht dabei bewenden lassen, sondern müssen Gefährdungen der Garantie der Unschuldsvermutung aktiv bekämpfen. In diesem Sinne können sie den Medien gegenüber geeignete Massnahmen ergreifen (Ermahnungen zur Respektierung der Unschuldsvermutung, Anonymisierung von Personen und Sachverhaltsdarstellungen, Sperrfrist für die Berichterstattung, ausnahmsweiser teilweiser Ausschluss von der Verhandlung usw.). Sie dürfen das Öffentlichkeitsprinzip von Art. 30 Abs. 3 BV dadurch jedoch nicht unterlaufen.¹¹⁵ Nach diesem Justizverfassungsgrundsatz sind Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann.

[Rz 55] Für den Bereich der Rechtsprechung hat der Bundesgesetzgeber gestützt auf Art. 30 Abs. 3 BV spezielle Regelungen aufgestellt. Zu erwähnen sind etwa die Art. 27, 28 und 59 BGG sowie verschiedene Vorschriften des SGG,¹¹⁶ des VGG¹¹⁷ und des BGA.^{118,119} Auch in der Schweizerischen Strafprozessordnung¹²⁰ und in der Schweizerischen Zivilprozessordnung¹²¹ sind wichtige Vorschriften zum Öffentlichkeitsprinzip vorgesehen.¹²²

[Rz 56] Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Kommunikations- und Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV), die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV), die

¹¹⁵ Zum Ganzen BGE 128 IV 97 E. 3b S. 104; 113 Ia 309; Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 24.10.2003, ZBI 2005 210 ff.; HEINZ AEMISEGGER in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 2006, Bern 2007 (zit. Aemisegger, Öffentlichkeitsprinzip), S. 378 f.; URS SAXER, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation, – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 2006 I S. 459 ff., 468 f., 473 ff.; FRANZ ZELLER, Medien und Hauptverhandlung, Menschenrechtliche Leitplanken, in: Justice-Justiz-Giustizia 2006 Rz. 20, 43 ff., 50, 53 ff. 68 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, Bern 2006, 2. Aufl., Band II Rz. 1290; HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 1991 S. 611 ff., 630 f.; GEORG MÜLLER, Justiz, Politik und Medien in: Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 545 ff., 555.

¹¹⁶ Vgl. die Art. 25 SGG und 30 SGG i.V.m. den Art. 24 und 178 BStP.

¹¹⁷ Vgl. die Art. 40 ff. VGG.

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA), SR 152.1.

¹¹⁹ AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115) 411 ff.

¹²⁰ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung StPO), BBI 2007 6977 ff., vgl. z.B. Art. 69 ff., Art. 73 ff. und Art. 84 ff. StPO; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 1085 ff.; vgl. z.B. Art. 67, 336 ff. und 412 f. E-StPO.

¹²¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung ZPO), BBI 2009 21 ff., vgl. z.B. Art. 54 ZPO; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) BBI 2006 7221 ff.; vgl. Art. 52 E-ZPO.

¹²² AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115), S. 414 ff.

Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) sowie die Kunstfreiheit (Art. 21 BV). All diese Regelungen sind stark von den Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II¹²³ beeinflusst.¹²⁴ Auch in der Rechtsanwendung spielt namentlich Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine grosse Rolle.

4.1.2 Öffentliche Gerichtsverhandlungen

[Rz 57] Gerichtsverhandlungen sind nach Art. 30 Abs. 3 BV öffentlich abzuhalten. Dieser Verfassungsgrundsatz ist von den parallelen Garantien der EMRK (Art. 6 Ziff. 1) und des Uno-Pakts II (Art. 14 Ziff. 1) beeinflusst und erweist sich teilweise als Nachvollzug dieser völkerrechtlichen Bestimmungen. Träger des Anspruchs auf öffentliche Gerichtsverhandlung sind neben den Verfahrensbeteiligten auch die Medien sowie das öffentliche Publikum schlechthin. Sie tragen dazu bei, die Kontrolle der Justiz im demokratischen Rechtsstaat sicherzustellen.¹²⁵

4.1.3 Öffentlich zugängliche Gerichtsurteile

[Rz 58] Wegen der grossen Bedeutung der Präjudizien kommt dem Öffentlichkeitsprinzip eine wichtige Funktion zu.¹²⁶ Das Bundesgericht veröffentlicht seit dem 1. Januar 2007 sämtliche verfahrensabschliessenden Entscheide anonymisiert im Internet. Rubra und Dispositive aller Urteile werden grundsätzlich unanonymisiert öffentlich aufgelegt. Auf diese Weise wird das in Art. 30 Abs. 3 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung erfüllt. Die öffentliche Urteilsverkündung im Anschluss an eine öffentliche Beratung (Art. 60 Abs. 2 BGG) findet nur noch in wenigen Fällen statt, weil die öffentliche Beratung im Sinne der Art. 58 ff. BGG zur Ausnahme geworden ist. Die Leitäusschüsse werden zudem in der amtlichen Sammlung der «Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts» publiziert, was ihre Qualität als Grundsatzpräjudizien markiert.¹²⁷ Dieses Vorgehen basiert namentlich auf Art. 30 Abs. 3 BV,

Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 27 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 3 BGG sowie Art. 59 BGER.¹²⁸

4.2 Fairness im Verfahren

4.2.1 Unvoreingenommenheit des Richters

4.2.1.1 Verbotene Doppelfunktion

[Rz 59] Unter dem Einfluss des EGMR hat das Bundesgericht verschiedentlich in Fällen, in denen ein kantonaler Richter entweder mit der Sache in unterschiedlichen Verfahren oder in vom anwendbaren Verfahrensrecht klar getrennten Verfahrensabschnitten befasst war, eingegriffen und die Doppelfunktion für verfassungs- (Art. 30 Abs. 1, Art. 31 Abs. 3 und 4 BV) und konventionswidrig (Art. 5 Ziff. 3 und 4, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) erklärt. So wurde etwa die Personalunion von Untersuchungs- und Sachrichter, von Anklagekammer- und Sachrichter sowie von Haftrichter und Anklagevertreter unterbunden.¹²⁹

4.2.1.2 Befangener Oberrichter wegen «Aufforderung zum Rückzug der Berufung»

[Rz 60] In einem Strafprozess wurde ein Oberrichter wegen Befangenheit bzw. Anscheins der Befangenheit abgelehnt, weil er vor der Berufungsverhandlung mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Kontakt aufnahm und ihm mitteilte, er werde gestützt auf die Akten wohl den Antrag auf Abweisung der Berufung stellen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gestützt auf Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gut. Dabei fiel entscheidend ins Gewicht, dass die Initiative vom Referenten des Obergerichts ausging.

[Rz 61] Auch wenn der Rechtsvertreter angesichts seiner Kenntnisse des gerichtlichen Verfahrens die verfahrensrechtliche Bedeutung der Mitteilung des Referenten an sich richtig einzuschätzen wisse, erwecke dessen Vorgehen für die Partei den Eindruck, dass das Gericht sie nicht hören, ihre Berufungssache gar nicht prüfen wolle. Es hinterlasse ein Gefühl der Verunsicherung, ob die Berufung nun zurückzuziehen sei oder an ihr festgehalten werden könne und die Berufungsverhandlung durchgeführt werden solle. Das Vertrauen in das Justizverfahren könne beeinträchtigt werden, wenn im Vorfeld der Verhandlung seitens des Gerichts in provisorischer Weise die Aussichtslosigkeit signalisiert werde.¹³⁰

4.2.1.3 Ablehnung von Richtern wegen «Feindschaft» gegenüber dem Anwalt des Beschwerdeführers (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK)

[Rz 62] Liegen bezüglich des Verhältnisses zwischen einem

¹²³ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2, für die Schweiz in Kraft seit 18. September 1992 (AS 1993 750).

¹²⁴ AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115), S. 379.

¹²⁵ Vgl. zum Ganzen Urteil 2C_462/2008 vom 20. März 2009 (Praxisänderung im Steuerrecht: bundesgerichtliche Sitzungen grundsätzlich öffentlich); BGE 124 IV 234 E. 3b; 121 I 30 E. 5d; 117 Ia 387; Urteil des EGMR *Hurter gegen Schweiz* vom 15. Dezember 2005 betreffend das Urteil 2P.178/1998 vom 26. Februar 1999; GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar (Fn. 3), zu Art. 30 BV N. 37; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bern 2006, 2. Aufl., Band II Rz. 1288; vgl. überdies hinten Ziff. 4.2.3.

¹²⁶ Vgl. AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115), S. 378 f.

¹²⁷ Gemäss Art. 59 Reglement vom 20. November 2006 für das Bundesgericht (BGER, SR 173.110.131) werden «alle Entscheide der Amtlichen Sammlung» sowie «alle End- und Teilentscheide sowie die vom Abteilungspräsidenten bezeichneten Vor- und Zwischenentscheide» veröffentlicht, wobei das Abteilungspräsidium die geeigneten Massnahmen (in der Regel Anonymisierung) zum Persönlichkeitsschutz der Parteien trifft.

¹²⁸ Vgl. zum Ganzen AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115), S. 402 ff.

¹²⁹ Vgl. BGE 131 I 113 E. 3.5 S. 117 ff. und 131 I 36 ff., wo die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR zu diesen Fragen aufgearbeitet worden ist.

¹³⁰ BGE 134 I 238 E. 2.6 S. 247 (1B_242/2007 vom 28. April 2008).

Richter und einer Partei besondere Umstände vor, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit des Richters zu begründen, so kann die Partei gestützt auf die Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK seinen Ausstand verlangen. Auch besondere Gegebenheiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen einem Richter und einem Parteivertreter können den objektiven Anschein der Befangenheit des Ersteren begründen und daher dessen Ausstand gebieten. Die Umstände können sich gleichermassen auf ein besonders freundschaftliches als auch auf ein besonders feindschaftliches Verhältnis zwischen Richter und Rechtsvertreter beziehen. In solchen Situationen kann Voreingenommenheit des Richters indessen nur bei Vorliegen spezieller Umstände und mit Zurückhaltung angenommen werden.¹³¹

[Rz 63] In einem Strafprozess machte die Beschwerdeführerin geltend, drei Oberrichter seien ihrem Rechtsvertreter gegenüber voreingenommen und befangen, weil er gegen sie eine Strafanzeige wegen Amtsmissbrauchs und Verletzung des Amtsgeheimnisses erstattet habe. Grund dieser Anzeige sei der Umstand gewesen, dass in einem anderen Verfahren vor der Vorinstanz, das der Anwalt der Beschwerdeführerin in eigener Sache durch einen Strafantrag wegen Körperverletzung eingeleitet hatte, über ihn als Opfer der Straftat und unter Missachtung des gesetzlich vorgeschriebenen Weges ein Strafregisterauszug eingeholt worden sei. In diesem Verfahren seien die abgelehnten Richter beteiligt gewesen. Ferner brachte die Beschwerdeführerin vor, die Oberrichter hätten im Urteil jenes Verfahrens über ihren Rechtsvertreter ein negatives personenbezogenes Werturteil gefällt. Sie hätten ihn dort zumindest als unglaubwürdig bezeichnet, wenn nicht gar mehr, jedenfalls als unglaubwürdiger als den Angeklagten. Zudem werde ihm eine falsche Anschuldigung nach Art. 303 StGB unterstellt. Als Beleg für ihre Ausführungen gab die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift mehrere Passagen aus dem erwähnten Urteil zum Teil stichwortartig wieder.

[Rz 64] Das Bundesgericht gab diesem Ausstandsbegehren nicht statt, zeigte aber ein gewisses Verständnis für die Vorbringen der Beschwerdeführerin. Insgesamt wertete es jedoch die umstrittenen Urteilerwägungen noch als sachbezogen. Bei objektiver Betrachtung treffe somit nicht zu, dass die Vorinstanz dem Vertreter der Beschwerdeführerin in diesem Urteil die Glaubwürdigkeit generell abspreche. Somit fehlten objektive Anzeichen für ein personenbezogenes Werturteil der abgelehnten Richter gegenüber dem Verteidiger der Beschwerdeführerin, das als Ausdruck einer besonderen Feindschaft betrachtet werden könnte.¹³²

¹³¹ Urteil 1B_303/2008 vom 25. März 2009 E. 2.2; BGE 92 I 271 E. 5 S. 276; Urteile 1P.515/2002 vom 13. Februar 2003 E. 2.4 und 1P.180/2004 vom 7. Mai 2004 E. 2.5; vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 133.

¹³² Urteil 1B_303/2008 vom 25. März 2009 E.2.4.3.

[Rz 65] Mit der zurückhaltenden Bejahung der Ausstandsvoraussetzungen will das Bundesgericht unter anderem die Funktionsfähigkeit der Justiz sicherstellen und gleichzeitig den Interessen der Parteien hinreichend Rechnung tragen. Der Richter darf nicht zum Spielball der Parteien werden. In der Regel sollen daher alle Rechtsstreitigkeiten vom gesetzlich dafür vorgesehenen Richter behandelt werden.

4.2.2 Haftprüfungsverfahren

[Rz 66] Nach früherer Praxis wurde dem inhaftierten Beschuldigten im Haftprüfungsverfahren in ungenügender Weise Einsicht in Strafuntersuchungsakten gewährt, was aus heutiger Sicht als unfair erscheint und einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkommt. Regelmässig wurden Vernehmlassungen von Untersuchungsrichtern dem Verhafteten nicht zur vorgängigen Stellungnahme unterbreitet. Häufig gaben die Untersuchungsrichter neben der offiziellen Vernehmlassung noch «geheime» Unterlagen an den Haftrichter weiter, auch wenn dies zur Sicherstellung des Untersuchungszwecks nicht absolut notwendig war. Heute wird dagegen auf die Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens bei der Haftprüfung grosses Gewicht gelegt. Der Inhaftierte hat bei der haftrichterlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verhaftung Anspruch auf eine mündliche Anhörung (Art. 31 Abs. 3 BV). Spätere Haftentlassungsgesuche werden in der Regel im schriftlichen Verfahren geprüft (Art. 31 Abs. 4 BV). Die Stellungnahmen der Untersuchungsbehörden sind dem Beschwerdeführer vor dem Haftprüfungsentscheid zur Vernehmlassung zu unterbreiten. Diese heutige Praxis ist in hohem Masse auf Art. 5 Ziff. 3 und 4 EMRK und die dazu entwickelte Rechtsprechung des EGMR zurückzuführen.¹³³

[Rz 67] Art. 5 Ziff. 3 EMRK verlangt, dass eine verhaftete Person «unverzüglich», d.h. in der Regel innert 24-48 Stunden, einem Richter oder einer anderen, gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Befugnisse ermächtigten Person vorgeführt werden muss.¹³⁴ In der Regel ist das der Haftrichter. Diese Person darf keine Anklagefunktionen wahrnehmen.¹³⁵ Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007¹³⁶ überträgt diese Aufgabe dem Zwangsmassnahmengericht.¹³⁷

[Rz 68] Zwischen dem Haftentlassungsgesuch und dem

¹³³ Vgl. dazu NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. A. Zürich 2004, Rz. 713; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A. Basel 2005, S. 333 f. N 27; vgl. Urteil 1B_55/2007 vom 2. Mai 2007; Bericht zur Weisung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen über die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess vom 6. Dezember 1977; Bemerkenswert sind etwa die unterschiedlichen Formulierungen zum rechtlichen Gehör in BGE 101 Ia 17 f. und 114 Ia 84.

¹³⁴ Vgl. VILLIGER, (Fn. 73), Rz. 358.

¹³⁵ Vgl. VILLIGER, (Fn. 73), Rz. 357.

¹³⁶ Strafprozessordnung, StPO, BBl 2007 6977 ff.

¹³⁷ Vgl. Art. 224 ff. StPO. Zur Anfechtbarkeit der Haftentlassungsentscheide des Zwangsmassnahmengerichts vgl. Art. 222 StPO.

hafttrichterlichen Entscheid dürfen mit Blick auf Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht mehr als einige Tage bis wenige Wochen liegen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots haben das Bundesgericht und der Gerichtshof für Menschenrechte bei einer Dauer von 31, 41 bzw. 46 Tagen bejaht, wenn die Haftprüfung keine besonderen Probleme aufwarf. In anderen Fällen hat das Bundesgericht angesichts besonderer Umstände Haftprüfungsverfahren von rund vier, fünf bzw. sieben Wochen als grundrechtskonform bezeichnet. Der Anspruch auf einen Entscheid «innerhalb kurzer Frist» wird nach Ansicht des Bundesgerichts dann nicht verletzt, wenn der Behörde aufgrund der Umstände des Falles ein früherer Entscheid vernünftigerweise nicht möglich war. Der EGMR erachtet Entscheidungsfristen von mehr als fünf Wochen jedenfalls als zu lang.¹³⁸

4.2.3 Anspruch auf öffentliche Verhandlung

[Rz 69] Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist in Streitigkeiten über «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» eine (mündliche) öffentliche Verhandlung durchzuführen, sofern die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichten.¹³⁹ Von Art. 6 Ziff. 1 EMRK werden nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im eigentlichen Sinne erfasst, sondern auch Verwaltungsakte hoheitlich handelnder Behörden, die massgeblich in private Rechtspositionen eingreifen.¹⁴⁰ Zu den Zivilansprüchen gehören nach der Rechtsprechung des EGMR auch Ansprüche mit öffentlich-rechtlichem Charakter wie etwa sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und nachbarrechtliche Abwehransprüche im Bau-, Planungs- und Umweltrecht.¹⁴¹ Weil die Parteien auch stillschweigend auf ihren Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung verzichten können, haben sie in jenen Verfahren, für die das anwendbare Prozessrecht eine solche nicht zwingend vorschreibt, rechtzeitig einen dahingehenden Verfahrensantrag zu stellen. Unterlassen sie dies, wird angenommen, sie hätten auf ihren Anspruch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK verzichtet.¹⁴²

[Rz 70] Wenn das Bundesgericht in solchen Verfahren als einziges Gericht tätig war, führte es bisweilen eine öffentliche Verhandlung durch, um den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Grundsätzen zu genügen. Gleich verfuhr es ab und zu, um Versäumnisse unterinstanzlicher Gerichte nachzuholen.¹⁴³ In der Regel beauftragt es jedoch unterinstanzliche

Gerichte mit dieser Aufgabe.¹⁴⁴ Eine Heilung dieses Mangels durch eine öffentliche Parteiverhandlung im Verfahren vor Bundesgericht ist meist schon mit Blick auf dessen engere Kognition ausgeschlossen.

4.2.4 Rechtliches Gehör

[Rz 71] Das Recht auf ein faires Verfahren umfasst gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Recht der Parteien, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, sofern sie dies für erforderlich halten.¹⁴⁵ Dabei ist es unerheblich, ob eine Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag.¹⁴⁶ Nur unter ganz besonderen, ausserordentlichen Umständen lässt es der EGMR zu, dass ein Schriftstück den Parteien vor der Urteilsfällung nicht zugestellt wird. Er (la Cour) nennt dabei die folgenden Voraussetzungen: «que la non-communication d'une pièce de la procédure et l'impossibilité pour le requérant de la discuter n'avait pas porté atteinte à l'équité de la procédure, dans la mesure où elle a jugé que cette faculté n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige et où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion.»¹⁴⁷ Beeinflusst von dieser Strassburger Rechtsprechung wendet das Bundesgericht heute die Grundsätze des «fair trial» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV als allgemeine Verfahrensgrundsätze allgemein und nicht nur in zivil- und strafrechtlichen Verfahren an.¹⁴⁸

[Rz 72] Der EGMR umschreibt die Anforderungen an das Vorgehen der Gerichte zur Sicherstellung des rechtlichen Gehörs unterschiedlich. Im Urteil Ressegatti begründet er die Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durch die Schweiz damit, der Beschwerdeführer sei zu Unrecht nicht eingeladen worden, sich zu den Bemerkungen der Vorinstanz, einer Verwaltungsbehörde oder der Gegenpartei zu äussern.¹⁴⁹ Im Entscheid Spang verlangt der EGMR dagegen nur, die Verfahrensparteien müssten die Möglichkeit haben, sich zu den Ausführungen des Bundesamtes vernehmen zu lassen.¹⁵⁰ In

¹³⁸ Urteil des EGMR *Fuchser gegen Schweiz* vom 13. Juli 2006; Urteil des Bundesgerichts 1B_115/2007 vom 12. Juli 2007 E. 2.3 mit Hinweisen.

¹³⁹ Urteil des EGMR *Schlumpf gegen Schweiz* vom 8. Januar 2009; Urteil des EGMR *Hurter gegen Schweiz* vom 15. Dezember 2005 betreffend das Urteil 2P.178/1998 vom 26. Februar 1999.

¹⁴⁰ BGE 134 I 331 E. 2 und 3 S. 332 ff. mit Hinweisen.

¹⁴¹ BGE 127 I 44 E. 2c S. 45 f.; 128 I 59 E. 2 a/bb S. 61; Haftrichter: Urteil 1B_55/2007 vom 2. Mai 2007.

¹⁴² BGE 134 I 331 E. 2.3 S. 333 mit Hinweisen.

¹⁴³ AEMISEGGER, Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 115), S. 380 ff. und 385 ff.

¹⁴⁴ BGE 134 I 331 E. 3.1 S. 335 f. mit Hinweisen.

¹⁴⁵ Urteil des EGMR *Nideröst-Huber gegen Schweiz* vom 18. Februar 1997, Recueil CourEDH 1997-I S. 101 ff. § 24, mit Hinweis auf die Urteile *Lobo Machado c. Portugal* und *Vermeulen c. Belgique* vom 20. Februar 1996, Recueil CourEDH 1996-I S. 206 § 31 und S. 234 § 33.

¹⁴⁶ BGE 133 I 100 E. 4 (1A.56/2006 vom 11. Januar 2007); 133 I 98 E. 2.2 (1A.10/2006 vom 14. Dezember 2006); 132 I 42 (1A.92/2005 vom 22. November 2005); Urteil des EGMR *Nideröst-Huber*, a.a.O. (Fn. 145) §§ 27 und 29; vgl. aus jüngster Zeit Urteile EGMR *Ressegatti gegen Schweiz* vom 13. Juli 2006 §§ 30–33 und *Spang gegen Schweiz* vom 11. Oktober 2005 § 32 f., letzteres publ. in: Plädoyer 6/2005 S. 82.

¹⁴⁷ Urteil des EGMR *Asnar gegen France* vom 18. Oktober 2007 § 26 mit Hinweisen.

¹⁴⁸ BGE 133 I 100 E. 4.6 (1A.56/2006 vom 11. Januar 2007); vgl. auch Urteil 1C_407/2007 und 1C_409/2007 vom 31. Januar 2008.

¹⁴⁹ Urteil des EGMR *Ressegatti gegen Schweiz* vom 13. Juli 2006 § 30.

¹⁵⁰ Urteil des EGMR *Spang gegen Schweiz* vom 11. Oktober 2005 §§ 32 f.,

den Urteilen Göç gegen die Türkei und Milatova gegen Tschechien¹⁵¹ scheint der Gerichtshof in absoluter Weise nicht nur die Zustellung sämtlicher eingegangener Vernehmlassungen von Ämtern, Gegenparteien usw. an alle Verfahrensparteien zu verlangen, sondern zusätzlich den ausdrücklichen Hinweis, die betreffenden Parteien hätten nun Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen, wenn sie dies für nötig erachteten. Die Erfahrung zeigt, dass dies namentlich bei Anwälten oft Druck erzeugt, eine weitere Stellungnahme einzureichen, selbst wenn dazu keine Veranlassung besteht. Dadurch wird das Verfahren oft unnötig verlängert und die Einhaltung des ebenfalls zum fairen Verfahren gehörenden Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist erschwert.

[Rz 73] Das Bundesgericht führt nach Art. 102 Abs. 3 BGG nur ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel durch. Ausser in besonderen Fällen (z.B. bei Haftbeschwerden, letztes Wort des Inhaftierten) verzichtet es regelmässig auch darauf, neue Eingaben den Verfahrensbeteiligten mit einer förmlichen Einladung zur Vernehmlassung zuzustellen. Vielmehr übermittelt es solche Schriftstücke den Parteien ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme in der Meinung, diese könnten – soweit sie es für erforderlich halten – unaufgefordert nochmals Stellung nehmen. Geschieht dies nicht umgehend, wird Verzicht auf die Replik angenommen, wobei das Bundesgericht während einer angemessenen Zeit zuwartet, bevor es das Urteil fällt.¹⁵² Eine weitere Möglichkeit, das Verfahren beförderlich abzuschliessen, besteht darin, der im Prozess unterliegenden Partei das letzte Wort einzuräumen.¹⁵³ Die genannten Probleme treten grundsätzlich nur auf, wenn die Sachverhaltsermittlung nicht mündlich, sondern schriftlich erfolgt.

4.2.5 Beschleunigungsgebot – Feststellung von dessen Verletzung im innerstaatlichen Verfahren

[Rz 74] Zum fairen Verfahren gehört die Erledigung eines Verfahrens innert angemessener bzw. kurzer Frist (Art. 29 Abs. 1 und Art. 31 f. BV, Art. 5 Ziff. 3 und 4 EMRK).¹⁵⁴ Erfolgt die Feststellung der Verletzung dieses Anspruchs und damit der EMRK in den Erwägungen eines kantonalen oder bundesgerichtlichen Urteils, so schliesst dies eine Verurteilung der Schweiz durch dem EGMR wegen Verletzung der entsprechenden EMRK-Vorschriften in der Praxis nicht aus.¹⁵⁵

Sinnvollerweise sollte jedoch eine solche EMRK-Widrigkeit im eigenen Land rechtskräftig behoben und sanktioniert werden können.¹⁵⁶

4.2.5.1 Fall McHugo

[Rz 75] Im Fall McHugo¹⁵⁷ stellte das Zuger Obergericht in seinem Strafurteil in klarer Weise eine Verletzung des Beschleunigungsgebots fest. In der Folge focht der Beschwerdeführer dieses kantonale Urteil beim Bundesgericht an und rügte die kantonale Regelung der Kosten und Entschädigungsfragen. Um eine Verurteilung durch den EGMR zu verhindern, hätte das Bundesgericht die Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK möglicherweise in Erweiterung des Streitgegenstandes von Amtes wegen im Dispositiv feststellen, diesen Umstand bei den Kostenfolgen ausdrücklich berücksichtigen und eine Genugtuung¹⁵⁸ zusprechen müssen, obwohl dies so nicht beantragt war. Nach Art. 107 Abs. 1 BGG darf das Bundesgericht zwar nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen. Ein reformatorischer Entscheid zur Herstellung des verfassungs- und konventionskonformen Zustands ist jedoch nach Art. 107 Abs. 2 BGG grundsätzlich zulässig.

4.2.5.2 Fall Munari

[Rz 76] Im Fall Munari¹⁵⁹ hat das Bundesgericht in einem Strafverfahren eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK festgestellt, weil eine Behandlungsdauer von fast zehn Jahren für einen nicht besonders komplexen Fall den Anforderungen an eine angemessene Verfahrensdauer nicht genügt. Es hat den Fall zur umgehenden Behandlung an die zuständige Tessiner Strafverfolgungsbehörde zurückgewiesen. Diese wurde erst nach Ablauf von rund eineinhalb Jahren im gebotenen Sinn tätig. Ein während dieser Zeit vom Beschwerdeführer beim Bundesgericht eingereichtes Erläuterungsgesuch zum bundesgerichtlichen Urteil blieb erfolglos. Das Bundesgericht hätte die später erfolgte Verurteilung durch den EGMR wohl nur verhindern können, wenn es das Erläuterungsgesuch als Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung (vgl. den heutigen Art. 94 BGG) aufgefasst und einen materiellen Entscheid sowohl in der Sache als auch hinsichtlich der Feststellung der EMRK-Verletzung und deren Folgen erlassen hätte.¹⁶⁰

publ. in: Plädoyer 6/2005 S. 82.

¹⁵¹ Siehe BGE 131 I 47.

¹⁵² Urteil 1C_153/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2 (Gemeinde Wetzikon).

¹⁵³ Urteil 1C_153/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.2 (Gemeinde Wetzikon).

¹⁵⁴ Vgl. z.B. BGE 132 I 21 ff. E. 4.1 S. 27 f.; 124 I 139; Urteil 1B_175/2008 vom 5. August 2008 E. 4.

¹⁵⁵ Urteil des EGMR *McHugo gegen Schweiz* vom 21. September 2006 (VPB 70.113) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P.142/1999 vom 24. Juni 1999; Urteil des EGMR *Munari gegen Schweiz* vom 12. Juli 2005 (VPB 69.137) betreffend das Urteil des Bundesgerichts 1P. 315/2001 vom

20. Juni 2001; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_165/2009 vom 30. Juni 2009.

¹⁵⁶ Vgl. vorn Ziff. 3.1.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 156 und vorne Ziff. 3.3.1.

¹⁵⁸ Gerechte Entschädigung im Sinne von Art. 41 EMRK.

¹⁵⁹ Vgl. Fn. 156 und vorne Ziff. 3.3.3.

¹⁶⁰ BGE 102 Ib 231 E. 2b S. 238; MADELEINE CAMPRUBI, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008 zu Art. 61 N. 9 S. 722.

4.2.6 Miranda-Rechte¹⁶¹

[Rz 77] Nach Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit erhalten, ihre Rechte geltend zu machen und namentlich die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen. Überdies steht ihr das Recht auf rasche richterliche Beurteilung der Haft zu (Art. 31 Abs. 3 BV). Bezüglich der Aufklärungspflicht ist nach Auffassung des Bundesgerichts von einer eigenständigen Garantie auszugehen. Soweit die festgenommene Person davor bewahrt werden soll, sich selber zu belasten, diene die Information über das Aussageverweigerungsrecht der Gewährleistung der Verteidigungsrechte. Aufgrund des formellrechtlichen Charakters dieser Verfahrensgarantie sind Aussagen, die in Unkenntnis des Schweigerechtes gemacht werden, grundsätzlich nicht verwertbar. In Abwägung der entgegenstehenden Interessen können Einvernahmen jedoch ausnahmsweise trotz unterlassener Unterrichtung über das Aussageverweigerungsrecht verwertet werden. Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt.¹⁶² Mit zu berücksichtigen ist dabei auch, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre.¹⁶³

4.3 Zugang zum Gericht – Terrorismus

[Rz 78] Mit Urteil vom 26. Juli 1999¹⁶⁴ entschied das Bundesgericht, die Einziehung von Schriften der Kurdischen Arbeiterpartei PKK (Terrororganisation), die zur Durchsetzung ihrer Anliegen generell die Gewalt propagieren und auf in der Schweiz lebende Emigranten Druck erzeugen sollten, sei unter den gegebenen Umständen verhältnismässig. Es ging davon aus, die Einziehung von Propagandamaterial aus Gründen der inneren und äusseren Sicherheit berühre zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Deshalb hat es direkt gestützt auf diese Norm des Völkerrechts entgegen Art. 98 lit. a OG (heute: Art. 86 Abs. 1 BGG) und in restriktiver Auslegung von Art. 100 Abs. 1 lit. a OG (heute: Art. 83 lit. a BGG) die Beurteilung durch ei-

nen Richter für notwendig erachtet und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig erklärt.

[Rz 79] Am 15. Oktober 1999 beschloss der Sicherheitsrat gestützt auf Art. 41 der Charta der Vereinten Nationen mit der Resolution 1267(1999) Sanktionen gegenüber den Taliban. Am 19. Dezember 2000 wurde das Sanktionenregime mit der Resolution 1333(2000) um Bin Laden und die Gruppierung «Al Qaïda» erweitert. Der Sicherheitsrat ersuchte das von ihm geschaffene Sanktionskomitee, eine Liste der Personen und Einrichtungen zu führen, die mit Usama Bin Laden und der Organisation «Al Qaïda» verbunden sind. Am 8. März 2001 veröffentlichte der Sanktionsausschuss eine erste konsolidierte Liste der aufgrund der Resolutionen 1267(1999) und 1333(2000) betroffenen Personen und ergänzte diese später wiederholt.¹⁶⁵ Nach dem Beitritt der Schweiz zur UNO wurde das Embargogesetz¹⁶⁶ erlassen, welches der Durchsetzung von UNO- und OSZE-Sanktionen mit Hilfe von Zwangsmassnahmen dient und welches die Grundlage bildet für die Talibanverordnung des Bundesrates vom 2. Oktober 2000.¹⁶⁷ Diese sieht die Sperrung von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen bestimmter auf der erwähnten konsolidierten Liste befindlicher natürlicher und juristischer Personen vor und verbietet diesen die Einreise in und die Durchreise durch die Schweiz.

[Rz 80] Eine auf dieser Liste des Sanktionsausschusses verzeichnete Person, die in den Anhang 2 der Talibanverordnung des Bundesrates aufgenommen wurde, verlangte die Streichung dieses Eintrags. Dies wurde ihr vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und anschliessend am 14. November 2007 auch vom Bundesgericht verweigert.¹⁶⁸ Das Bundesgericht ging davon aus, gemäss der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945¹⁶⁹ seien die Beschlüsse des Sicherheitsrates für die Mitgliedstaaten und damit auch für die Schweiz verbindlich. Es sei ihm deshalb verwehrt, den Beschwerdeführer selbständig aus Anhang 2 TalibanV zu streichen. Das Bundesgericht nahm in seinem Urteil zustimmend Bezug auf zwei Urteile des Gerichtshofs erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, in welchen sich dieser für unzuständig erklärt, die vom Sicherheitsrat gegen die Taliban und Al-Qaïda getroffenen Sanktionen auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen, zumal keine Verletzung von *ius cogens* zur Diskussion stehe.¹⁷⁰

[Rz 81] Anders entschied der in diesen beiden Fällen hierauf angerufene Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH, Grosse Kammer) im Grundsatzurteil Kadi und

¹⁶¹ MARTIN PHILIPP WYSS, *Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht*, recht 19(2001), H. 4 S. 132 ff.; ANDREAS DONATSCH/CLAUDINE CAVEGN, *Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung*, Forum-poenale, 2(2009), H. 2 S. 104 ff.

¹⁶² BGE 130 I 126 E. 3.3 S. 133; BGE 109 Ia 244 E. 2b S. 246; 120 Ia 314 E. 2c S. 320; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 133), § 60 N 6.

¹⁶³ BGE 96 I 437 E. 3b S. 440 f. 130 I 126 E. 3.2, S. 133.

¹⁶⁴ BGE 125 II 417 (1A. 178/1998 vom 26. Juli 1999); Nichtzulassungsentcheid des EGMR *Kaptan gegen Schweiz* vom 12. April 2001 (VPB 65.141); vgl. auch Urteil des EGMR *Linnokogel gegen Schweiz* vom 1. März 2005 § 31 ff. (VPB 69.138); LANTER (Fn. 17), S. 103 ff.

¹⁶⁵ EuGRZ 2008 S. 482.

¹⁶⁶ Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, Embargogesetz, EmbG, SR 946.231.

¹⁶⁷ TalibanV, SR 946.203.

¹⁶⁸ BGE 133 II 450 (1A.45/2007 vom 14. November 2007).

¹⁶⁹ SR 0.120.

¹⁷⁰ BGE 133 II 450 E. 5.4 S. 458.

Al Barakaat vom 3. September 2008.¹⁷¹ Er stellte die Teilnichtigkeit der VO (EG)Nr.881/2002 des EU-Rates fest und setzte eine Frist zur Abhilfe von höchstens drei Monaten. Mit der streitigen Verordnung setzte die Europäische Gemeinschaft die erwähnten Resolutionen des Sicherheitsrates um. Der Umstand, dass jede Person oder Organisation unmittelbar beim Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats die Streichung von der konsolidierten Liste verlangen könne, führe nicht zu einer generellen Nichtjustiziabilität im Rahmen der internen Rechtsordnung der Gemeinschaft, da dieses Delisting-Verfahren offensichtlich nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes biete. Der EuGH geht davon aus, dass er sich mit diesem Urteil grundsätzlich auf der Linie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) befinde.¹⁷² Er konzentriert sich in seinem Urteil auf die formellen Gesichtspunkte des Rechtsschutzes.¹⁷³ Für die Rechtssuchenden wäre jedoch insbesondere wichtig, dass sie in einem rechtsstaatlichen Delisting-Verfahren ihre materielle Unschuld geltend machen könnten.

[Rz 82] In künftigen Fällen dieser Art wird das Bundesgericht bei dieser Sachlage prüfen müssen, ob es an seiner vorn geschilderten Rechtsprechung festhalten kann. Sein vorn erwähntes Urteil vom 14. November 2007 wird gegenwärtig vom EGMR auf die Vereinbarkeit mit der EMRK hin überprüft.

4.4 Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK)

[Rz 83] Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit durch den Staat dürfen nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage erfolgen. Sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 i.V.m. Art. 16 BV). Diese Voraussetzungen müssen auch nach Art. 10 EMRK erfüllt sein. Nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK muss der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit vom Gesetz vorgesehen sein und einen legitimen Zweck verfolgen. Überdies muss er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Wie die folgenden Beispiele zeigen, bietet das letztgenannte Erfordernis für die Schweiz am meisten Probleme.

4.4.1 Fall Hertel

[Rz 84] Hans Ulrich Hertel publizierte in einer Fachzeitschrift einen Artikel mit dem Titel «Vergleichende Untersuchungen über die Beeinflussung des Menschen durch konventionell und im Mikrowellenofen aufbereitete Nahrung». Das

Handelsgericht des Kantons Bern hiess mit Urteil vom 19. März 1993 eine Klage des Fachverbandes für Elektroapparate gut und verbot Hertel unter Strafandrohung einerseits «die Behauptung aufzustellen, im Mikrowellenherd zubereitete Speisen seien gesundheitsschädlich und führten zu Veränderungen im Blut ihrer Konsumenten, welche auf eine krankhafte Störung hinweisen und ein Bild zeigten, das für den Beginn eines kanzerogenen Prozesses gelten könnte», und andererseits «in Publikationen oder öffentlichen Vorträgen über Mikrowellenherde die Abbildung eines Sensemannes oder eines ähnlichen Todessymboles zu verwenden». Die dagegen erhobene Berufung Hertels wies das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Februar 1994 ab, soweit es darauf eintrat.¹⁷⁴ In der Folge kam der EGMR zum Schluss die bundesgerichtliche Beurteilung des Falles verletze Art. 10 EMRK. An der gesetzlichen Grundlage im UWG¹⁷⁵ (Art. 2 und Art. 3 UWG) und am Erfordernis der Verfolgung eines legitimen Zwecks bestand kein Zweifel. Hingegen hielt der EGMR den Eingriff nicht für notwendig in einer demokratischen Gesellschaft. Für den Gerichtshof ist die Meinungsäusserungsfreiheit eines der entscheidenden Fundamente einer demokratischen Gesellschaft und eine der wichtigsten Voraussetzungen für Entfaltung und Fortschritt des Menschen. Ihre Einschränkung setzt ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis voraus. Für die Beurteilung der Frage, ob ein solches Bedürfnis gegeben ist, verfügen die Vertragsstaaten über einen grossen Ermessensspielraum. Diesen hat das Bundesgericht im Fall Hertel nach Auffassung des EGMR nicht eingehalten. Er hielt dafür, es gehe in diesem Fall nicht um rein wirtschaftliche Äusserungen, sondern um die Teilnahme an einer allgemeinen Diskussion über öffentliche Gesundheitsinteressen. Der Beschwerdeführer sei weder an der Herausgabe der Zeitschrift noch an der graphischen Gestaltung des Artikels beteiligt gewesen. Der Einfluss der Publikation in der betreffenden Zeitschrift sei ein beschränkter. Die getroffene Massnahme müsse unter diesen Umständen nicht zuletzt mit Blick auf die dem Beschwerdeführer gegenüber angedrohten Geld- und Freiheitsstrafen als unverhältnismässig und in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig angesehen werden. Das Urteil stellt ein wichtiges Präjudiz dar, das der EGMR auch in neueren Urteilen noch zitiert.¹⁷⁶

[Rz 85] In einem in der Folge getroffenen Nichtzulassungsentscheid vom 17. Januar 2002 hielt der EGMR dagegen das Hertel gegenüber ausgesprochene Verbot als mit Art. 10

¹⁷⁴ Urteil 4C.299/1993 vom 25. Februar 1994.

¹⁷⁵ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

¹⁷⁶ Vgl. z.B. Urteil des EGMR *Stoll gegen Schweiz* vom 10. Dezember 2007 § 101 und Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007 § 61; Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 30. Juni 2009, §§ 30, 52, 56, 62 (Grosse Kammer betreffend das Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken [VgT] gegen Schweiz* vom 4. Oktober 2007 und BGE 123 II 402, 2A.330/1996 vom 20. August 1997).

¹⁷¹ Urteil des EuGH vom 3. September 2008 C-402/05 und C-415/05 *Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation*, in: EuGRZ 2008 S. 480 ff.

¹⁷² EuGRZ 2008 S. 501.

¹⁷³ «Grundrechte gelten auch bei Uno-Sanktionen», NZZ vom 4. September 2008 S. 3.

EMRK vereinbar, der Bevölkerung unter Verwendung des Todes-Symbols des Sensemanns zu erklären, die Schädlichkeit des Mikrowellenofens sei wissenschaftlich bewiesen, ohne sich auf den umstrittenen Charakter der Frage zu beziehen.¹⁷⁷

4.4.2 Fall Verein gegen Tierfabriken (VgT)

[Rz 86] Der Fall wurde vorn unter Ziffer 2.3.2 im Zusammenhang mit der Revision bereits behandelt. Der VgT wollte im Januar 1994 einen Fernsehspot ausstrahlen lassen, der auf die «tierquälerische Nutztierhaltung» aufmerksam machen und für eine Reduktion des Fleischkonsums werben sollte. Dies wurde ihm gestützt auf Art. 18 Abs. 5 des Radio- und Fernsehgesetzes,¹⁷⁸ das politische Werbung ausdrücklich untersagt, verboten. Das Bundesgericht schützte dieses Verbot mit Urteil vom 20. August 1997.¹⁷⁹ Der EGMR hielt die Gründe für den Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit für unzureichend und das Ausstrahlungsverbot des Spots für unverhältnismässig.¹⁸⁰

[Rz 87] Auch bei diesem einstimmig gefällten Urteil des EGMR handelt es sich um ein Grundsatzurteil, dem nach wie vor grosse Bedeutung zukommt.¹⁸¹ Das Bundesgericht änderte in der Folge denn auch seine bisherige, im Urteil VgT vom 20. August 1997¹⁸² bestätigte und vom EGMR beanstandete Praxis in einem Urteil vom 26. Januar 2005 betreffend das Schweizer Fernsehen DRS (SF DRS).¹⁸³ Im November und Dezember 2003 strahlte SF DRS im Rahmen einer breit angelegten Kampagne der «Allianz gegen Werbeverbote» verschiedene Werbespots aus. Gegen den «Stopp-Werbeverbote»-Spot gelangten die Stiftung für Konsumentenschutz und eine Privatperson an die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen. Diese verneinte unter Bezugnahme auf das VgT-Urteil des EGMR vom 28. Juni 2001, dass der beanstandete Spot gegen Programmbestimmungen und insbesondere das Verbot der politischen Werbung am Fernsehen (Art. 18 Abs. 5 RTVG) verstosse. Das Bundesgericht erklärt im genannten Urteil vom 26. Januar 2005, es sei bisher davon ausgegangen, dass das Verbot von Art. 18 Abs. 5 RTVG zum Schutz des politischen Prozesses und zur Wahrung eines möglichst chancengleichen Wettstreits der Informationen, Meinungen und Ideen generell gelte; nur so lasse sich vermeiden, dass sich gewisse Un-

ternehmen, Verbände, Parteien oder Personen in den das Publikum nachhaltiger als andere Kommunikationsmittel beeinflussenden elektronischen Medien einen Publizitätsvorteil verschaffen und einen massgeblichen Einfluss auf die politische Meinungsbildung gewinnen könnten. Zwar sei ein Verbot politischer Werbung zum Schutz der Unabhängigkeit der Veranstalter und des demokratischen Meinungsbildungsprozesses nicht grundsätzlich konventionswidrig (EGMR-Urteil i.S. VgT vom 28. Juni 2001, Ziff. 59-62), doch müsse sich der damit verbundene Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit des Betroffenen zusätzlich jeweils im Einzelfall als verhältnismässig und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erweisen (EGMR-Urteil i.S. VgT vom 28. Juni 2001, Ziff. 63-79). Die Beschränkung habe im konkreten Fall einem «dringenden sozialen Bedürfnis» zu entsprechen und auf «relevanten und ausreichenden» Gründen zu beruhen (EGMR-Urteil i.S. VgT vom 28. Juni 2001, Ziff. 75).¹⁸⁴ Bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber sei das Verbot auf das im Sinne des erwähnten VgT-Entscheides des EGMR Erforderliche zu beschränken. Der umstrittene Spot verletze vor diesem Hintergrund Art. 18 Abs. 5 RTVG nicht.¹⁸⁵

4.4.3 Fall Stoll

[Rz 88] Der Journalist Martin Stoll wurde im Kanton Zürich wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen zu einer Busse von 800 Franken verurteilt. Er hatte 1997 in der «SonntagsZeitung» Auszüge aus einem vertraulichen Papier des damaligen Schweizer USA-Botschafters Carlo Jagmetti betreffend die Lösung des Streits um die nachrichtenlosen jüdischen Vermögen publiziert. Das Bundesgericht hat die Verurteilung bestätigt.¹⁸⁶ Nach einem mit vier zu drei Stimmen gefällten Urteil einer Kammer des EGMR vom 25. April 2006 hat diese Verurteilung das Recht auf freie Meinungsäusserung verletzt.¹⁸⁷ Die von der Schweiz angerufene Grosse Kammer des EGMR hielt dafür, die Vertraulichkeit diplomatischer Noten sei zwar äusserst wichtig aber dennoch nicht um jeden Preis zu schützen. Im vorliegenden Fall habe die Veröffentlichung des Berichts des Botschafters jedoch mit Blick auf den heiklen Zeitpunkt des Erscheinens in der Presse den Interessen der schweizerischen Behörden grossen Schaden zufügen können. Martin Stoll habe den Artikel nicht in der Absicht verfasst, die Öffentlichkeit zu informieren. Vielmehr habe er aus dem Bericht des Botschafters unnötigerweise ein Skandalobjekt gemacht. Der Journalist habe wissen müssen, dass sein Artikel geeignet gewesen sei, beim Leser den falschen Eindruck zu erwecken, der Botschafter verfolge antisemitische Ziele. Das habe zweifellos zur kurz nach der Publikation erfolgten Demission des Botschafters

¹⁷⁷ Nichtzulassungsentscheid des EGMR *Hertel Ulrich gegen Schweiz* vom 17. Januar 2002.

¹⁷⁸ Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen, RTVG, heute: Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen SR 784.40.

¹⁷⁹ BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997).

¹⁸⁰ Urteil des EGMR *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen Schweiz* vom 28. Juni 2001.

¹⁸¹ Vgl. Urteil des EGMR *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti gegen Norwegen* vom 11. Dezember 2008.

¹⁸² BGE 123 II 402 (2A.330/1996 vom 20. August 1997).

¹⁸³ Urteil 2A.303/2004 vom 26. Januar 2005.

¹⁸⁴ Urteil 2A.303/2004 vom 26. Januar 2005 E. 3.1.

¹⁸⁵ Urteil 2A.303/2004 vom 26. Januar 2005 E. 4.

¹⁸⁶ BGE 126 IV 236 (6S.425/2000 vom 5. Dezember 2000); EuGRZ 2001 S. 416.

¹⁸⁷ Urteil des EGMR *Stoll gegen Schweiz* vom 25. April 2006.

beigetragen. Vor diesem Hintergrund hätten die schweizerischen Behörden den Ermessensspielraum von Art. 10 EMRK nicht überschritten, indem sie dem Journalisten eine relativ tiefe Busse von 800 Franken auferlegt haben.¹⁸⁸

4.4.4 Fall Foglia

[Rz 89] Der Anwalt Aldo Foglia vertrat in einem Strafverfahren mehrere von einer Bank geschädigte Kunden. In dieser Funktion hat er sich gegenüber der Justiz geäußert. Diese hat die Auftritte des Anwalts in der Öffentlichkeit als unzulässige parallel zum Strafprozess geführte Medienkampagne gewertet. Die Disziplinarkommission des Tessiner Anwaltsverbandes auferlegte ihm deshalb eine Busse von 1500 Franken. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht geschützt.¹⁸⁹ Der EGMR erblickte darin eine Verletzung von Art. 10 EMRK. Seines Erachtens erfolgten die Äusserungen Foglias in einem bereits mediatisierten Kontext. Sie seien weder übertrieben noch kränkend gewesen. Für die von Journalisten verfassten Presseartikel sei er nicht verantwortlich. Die Anwaltskritik an der Justiz habe gewisse Grenzen zu beachten. Diese seien im vorliegenden Fall nicht überschritten worden. Zwar sei die auferlegte Busse bescheiden. Sie habe aber doch einen symbolischen Charakter und stelle eine unverhältnismässige Sanktion dar.

4.5 Umweltrecht

[Rz 90] Verschiedene Rechtssuchende wandten sich an den Bundesrat, die Bundesversammlung und an das Bundesamt für Umwelt BAFU und verlangten, es seien innert angemessener Frist auf Vollzugs- und allenfalls Gesetzgebungsebene die nötigen Massnahmen zu ergreifen, welche die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte betreffend Feinstaub (PM₁₀), Ozon (O₃) sowie Stickoxiden (NO_x) ermöglichten oder einen genügenden erheblichen Beitrag dazu leisteten, dass ihre Gesundheit und ihr Wohlbefinden gemäss dem durch das geltende Luftreinhalterecht gesetzten Standard geschützt werde. Dabei verlangten sie unter anderem konkrete Massnahmen. Zu erwähnen ist etwa die Pflicht, bei sämtlichen Dieselfahrzeugen bis spätestens Ende 2007 Dieselpartikelfilter und De-NO_x-Katalysatoren vorzuschreiben. Die abschlägig lautenden Briefe des BAFU wurden ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen. Dieses kam zum Schluss, das BAFU habe sich mit den Gesuchen zu Recht nicht materiell befasst und die Beschwerdeführenden hätten keinen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK. In ihren Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht verlangten sie, das Verfahren sei an die Vorinstanz oder an eine andere verwaltungsunabhängige Instanz im Sinne von Art. 13 EMRK zur materiellen Behandlung

zu überweisen. Die Beschwerdeführer leiteten aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK einen Anspruch auf staatlichen Schutz vor übermässigen Schadstoffen in der Luft ab und beriefen sich dabei auf die Immissionsgrenzwerte der Luftreinhalte-Verordnung des Bundes vom 16. Dezember 1985¹⁹⁰ sowie Art. 11 Abs. 3 USG.¹⁹¹ Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde gestützt auf Art. 42 Abs. 2 BGG nicht eingetreten. Der angefochtene Entscheid beruhe auf zwei voneinander unabhängigen Begründungen (Zuständigkeit des BAFU; Parteistellung und Anspruch auf eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK). Weil nur eine davon angefochten worden sei, erfülle sie die in Art. 42 Abs. 2 BGG enthaltenen formellen Anforderungen nicht.¹⁹²

[Rz 91] Eine andere Person verlangte beim Regierungsrat des Kantons Aargau unter Berufung auf einen «Anspruch auf gesunde Luft» Schutz vor übermässigen Einwirkungen. Sie berief sich auf das Umweltrecht des Bundes, die polizeiliche Generalklausel sowie den Anspruch auf Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK. Konkret verlangte sie unter anderem, es sei innerhalb eines Jahres alles vorzukehren, um die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte betreffend Feinstaub (PM₁₀), Ozon (O₃) und Stickoxiden (NO_x) durch Emissionsbegrenzungen sicherzustellen. Der Regierungsrat des Kantons Aargau trat auf die Begehren nicht ein und das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau bestätigte den regierungsrätlichen Entscheid. Das hierauf angerufene Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.¹⁹³

[Rz 92] Im Zusammenhang mit dem Bau und Betrieb von Anlagen, welche zu unerwünschten Immissionen führen können, anerkennt das Bundesgericht zwar die für die Beschwerdeberechtigung notwendige Beziehungsnähe, wenn die Einsprecher von den Immissionen betroffen werden. Sind solche Beeinträchtigungen zu erwarten, ändert auch der Umstand, dass eine grosse Anzahl von Personen betroffen ist, nichts an der Einsprache- und Beschwerdebefugnis.¹⁹⁴ Die

¹⁸⁸ Urteil des EGMR *Stoll gegen Schweiz* vom 10. Dezember 2007 (Grosse Kammer).

¹⁸⁹ Urteil 4P.36/2004 vom 7. Mai 2004.

¹⁹⁰ SR 814.318.142.1.

¹⁹¹ SR 814.01.

¹⁹² Urteil 1C_108/2008 vom 3. März 2009.

¹⁹³ Urteil 1C_437/2007 vom 3. März 2009.

¹⁹⁴ So hat das Bundesgericht schon erkannt, dass bei grossflächigen Immissionen ein sehr weiter Kreis Betroffener zur Beschwerdeführung legitimiert sein kann (z.B. Anwohner eines Flughafens: BGE 124 II 293 E. 3a S. 303 f.; 104 Ib 307 E. 3b S. 318; einer Schiessanlage: BGE 133 II 181 E. 3.2.2 S. 188 mit Hinweisen; eines Fabrikgebäudes für die Verarbeitung gentechnisch veränderter Mikroorganismen: BGE 120 Ib 379 E. 4c S. 387 mit weiteren Hinweisen; s. auch BGE 121 II 176 E. 2b S. 178). In dicht besiedelten Gebieten kann somit grundsätzlich sehr vielen Personen die Beschwerdelegitimation zukommen, ohne dass von einer unzulässigen Popularbeschwerde gesprochen werden müsste (BGE 121 II 176 E. 2b S. 178; 120 Ib 379 E. 4c S. 387; 110 Ib 99 E. 1c S. 102; je mit weiteren Hinweisen). Bei der Festsetzung der Immissionsgrenzwerte müssen auch die Wirkungen der Immissionen auf Personen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere berücksichtigt werden (Art. 13 Abs. 2 USG).

Rechtsuchenden haben jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht darzulegen, dass die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen vorliegen, soweit diese nicht ohne Weiteres ersichtlich sind (Mitwirkungspflicht). Im vorliegenden Verfahren beklage – so das Bundesgericht – die Beschwerdeführerin zahlreiche gesundheitliche Beeinträchtigungen, insbesondere ihres Sohnes, welche sie auf die Überschreitung der Immissionsgrenzwerte für verschiedene Luftschadstoffe zurückführe. Als einzigen Beleg dafür befindet sich in den Akten ein Schreiben eines Kinderarztes, der bestätige, dass er den Sohn der Beschwerdeführerin wegen chronischen Hustens, der seit November 2005 andauerte, behandelt habe. In diesem Schreiben wird weiter ausgeführt: «Es ist bekannt und entspricht meiner langjährigen Erfahrung als Kinderarzt, dass die hohe Schadstoffbelastung der Luft (insbesondere Feinstaub) mit vermehrten chronischen Atemwegserkrankungen einhergeht. Diese sind oft schwierig zu behandeln, besonders bei Kleinkindern, da die gängigen Hustenmittel schlecht wirken, und auch je nach Alter gar nicht angewendet werden können. [...] Seit dem Umzug von der Zürcher Badenerstrasse aufs Land ist es dem Sohn T. ... besser gegangen. Sicher lohnt es sich, dafür zu sorgen, dass die Luft auch im schönen Aargau noch besser wird.» Damit wird nach Auffassung des Bundesgerichts nicht hinreichend dargelegt, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr Sohn von der Überschreitung gewisser Immissionsgrenzwerte objektiv betrachtet stärker betroffen sei als die übrige Bevölkerung. Auch die Berufung auf Art. 8 und 13 EMRK führte zu keinem anderen Ergebnis. Der Strassburger Gerichtshof (EGMR) habe zwar in seiner Rechtsprechung aus der in Art. 8 EMRK enthaltenen Garantie des Schutzes des Privatlebens einen Anspruch auf Schutz vor schädlichen Immissionen abgeleitet und in diesem Zusammenhang auch gewisse Schutzpflichten des Staates bejaht. Indessen wird auch im Verfahren vor dem EGMR verlangt, dass ein Beschwerdeführer in seinen Rechten konkret eingeschränkt werde, um als Opfer einer EMRK-Verletzung zu gelten. Negative Umweltauswirkungen müssten in die Privatsphäre hineinreichen und sich dort mit einem bestimmten Schweregrad auswirken. Zwischen Schädigungswirkung und Privatsphäre muss ein enger Zusammenhang bestehen.¹⁹⁵ Auf diese Weise soll auch vor dem EGMR die Popularbeschwerde ausgeschlossen werden.¹⁹⁶

4.6 Namensrecht

[Rz 93] Nach Art. 160 Abs. 1 ZGB¹⁹⁷ ist der Name des Ehemannes der Familienname der Ehegatten. Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, sie wolle

ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Ferner erlaubt Art. 30 Abs. 2 ZGB den Brautleuten, sich im vereinfachten Namensänderungsverfahren die Führung des Namens der Frau als Familiennamen bewilligen zu lassen. Das Recht des Mannes, im Fall der Wahl des Namens der Frau als Familienname seinen bisherigen Namen voranzustellen, ist im ZGB nicht vorgesehen. Trotzdem hat der Bundesrat dieses Recht unter Bezugnahme auf Art. 30 Abs. 2 ZGB in der Zivilstandsverordnung verankert.¹⁹⁸ Dies geschah im Nachgang zu einem Urteil des EGMR Burghartz gegen die Schweiz vom 22. Februar 1994,¹⁹⁹ welches auf einem Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 1989 i.S. Burghartz und Schnyder gegen Kanton Basel-Stadt basiert.²⁰⁰ Darin entschied das Bundesgericht, der Ehemann habe nicht das Recht, seinen früheren Namen analog zu Art. 160 Abs. 2 ZGB voranzustellen, wenn der bisherige Name der Ehefrau als Familienname bestimmt werde. Der EGMR erblickte in diesem bundesgerichtlichen Urteil eine Verletzung der Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) i.V.m. Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot). Eine Revision des Namensrechts des ZGB, welche aufgrund einer parlamentarischen Initiative von Nationalrätin Suzette Sandoz (94.434) ausgearbeitet worden war, lehnte das Parlament am 22. Juni 2001 ab. Am 19. Juni 2003 reichte Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer eine weitere parlamentarische Initiative ein, welche verlangt, das ZGB so zu ändern, dass die Gleichstellung der Ehegatten im Bereich der Namens- und Bürgerrechtsregelung gewährleistet ist. Am 22. August 2008 verabschiedete die Rechtskommission des Nationalrats einen Entwurf zur Änderung des Namens- und Bürgerrechts. Er geht vom Prinzip der Unveränderlichkeit des Geburtsnamens aus. Die Brautleute können jedoch erklären, dass sie einen gemeinsamen Familiennamen tragen wollen, nämlich den Ledigennamen der Braut oder des Bräutigams (Art. 160 des Entwurfs). Nach Art. 161 des Entwurfs behält jeder Ehegatte sein Kantons- und Gemeindebürgerrecht.²⁰¹

[Rz 94] In der Frühjahrssession 2009 nahm der Nationalrat am 11. März 2009 einen Antrag der Kommissionminderheit an, welcher die Rückweisung der Vorlage an die Rechtskommission verlangte, «mit dem Auftrag, ausschliesslich die durch das EMRK-Urteil vom 22. Februar 1994 (Burghartz gegen Schweiz) absolut notwendigen Schritte vorzuschlagen». Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist es fraglich, ob das genügt, um das schweizerische Namensrecht mit den Anforderungen der EMRK in Einklang zu bringen.

[Rz 95] Der EGMR bezeichnet die Förderung der

¹⁹⁵ Vgl. SIEGWART/BÜHLER, Europa-Fenster URP zum Thema Luftreinhaltung in: URP 2006 S. 428 f.

¹⁹⁶ Urteil 1C_437/2007 vom 3. März 2009; vgl. VILLIGER, (Fn. 73), Rz. 152 und 175.

¹⁹⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

¹⁹⁸ Art. 12 Abs. 1 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, ZStV, SR 211.112.2.

¹⁹⁹ Serie A, Bd. 280 B; VPB 1994 Nr. 121 S. 768

²⁰⁰ BGE 115 II 193, 5C.8/1989 vom 8. Juni 1989.

²⁰¹ BBI 2009 403 ff. (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates); BBI 2009 423 ff. (Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Änderung des ZGB).

Gleichbehandlung von Mann und Frau als ein wesentliches Ziel der Mitgliedstaaten des Europarates. In diesen Ländern bestehe ein Konsens zugunsten der Gleichberechtigung der Ehefrau bei der Namenswahl. In diesem Sinne hat der EGMR in seinem Urteil *Unal Tekeli gegen Türkei* vom 16. November 2004 entschieden, die Vorschrift des türkischen ZGB, wonach die Ehefrau den Namen des Mannes erhalte, diesem aber ihren voranstellen dürfe, verletze das ihr zukommende Recht, auch nach der Heirat ausschliesslich ihren Namen zu führen, wie dies dem Mann zugestanden werde. Der EGMR warf in diesem Zusammenhang dem türkischen Kassationshof einstimmig vor, mit seinem Urteil vom 6. Juni 1995 Art. 14 i.V.m. Art 8 EMRK verletzt zu haben. Die Einheit der Familie muss nach Auffassung des Gerichtshofes nicht in einem gemeinsamen Namen zum Ausdruck kommen. Können sich die Ehegatten nicht für einen gemeinsamen Familiennamen entscheiden, so darf keinem von ihnen der Name des andern aufgezwungen werden. Genau dies geschieht jedoch in der Schweiz nach den Vorschriften von Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Art. 160 Abs. 1 ZGB, wenn sich die Brautleute nicht auf einen gemeinsamen Familiennamen einigen können. Die Wahl des Namens der Frau als Familienname setzt ein von beiden unterzeichnetes Gesuch voraus. Ohne ein solches muss die Frau gemäss Art. 160 ZGB den Namen des Mannes als Familiennamen tragen und zwar auch wenn dies nicht ihrem Willen entspricht.²⁰²

4.7 Demonstrationsverbot

[Rz 96] Spontane friedliche Kundgebungen als unmittelbare Reaktion auf ein unvorhersehbares Ereignis dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts meldepflichtig erklärt werden, aber nur, soweit eine entsprechende Meldung zeitlich möglich ist.²⁰³ In diesem Sinne hat der EGMR die Auflösung einer friedlichen Demonstration als unmittelbare Antwort auf ein politisches Ereignis einzig wegen fehlender vorgängiger Ankündigung als Verstoss gegen Art. 11 EMRK gewertet.²⁰⁴

5. Schlussbemerkung

[Rz 97] Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, hat die EMRK die Rechtsprechung und auch die Rechtsetzung in der Schweiz insgesamt in den verschiedensten Rechtsbereichen in hohem Masse beeinflusst und geprägt. Sie ist im schweizerischen Rechtsalltag sehr gut verankert. Das Bundesgericht hat sie auf die gleiche Stufe gesetzt und mit dem gleichen Gewicht angewendet wie das innerstaatliche

Verfassungsrecht. Es hat damit einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung der Zielsetzungen der EMRK in der Schweiz geleistet.

[Rz 98] Eine bessere Abstimmung des schweizerischen Prozessrechts auf das Verfahren vor dem EGMR ist indessen notwendig. Zwar sollte der EGMR in Zukunft dem schweizerischen Verfahrensrecht einen höheren Stellenwert einräumen als er dies in der Vergangenheit in vielen Fällen getan hat. In Bezug auf das in Art. 35 Ziff. 1 EMRK enthaltene Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs besteht mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR Rechtsunsicherheit, die sich auch auf das innerstaatliche Verfahrensrecht auswirkt. Diese Rechtsunsicherheit sollte im Zusammenwirken von allen beteiligten Instanzen beseitigt oder zumindest verringert werden. Dazu können auch die Rechtssuchenden durch eine sorgfältige innerstaatliche Beschwerdeführung einen Beitrag leisten. Um eine unerwünschte Verengung des Rechtsschutzes vor den letzten nationalen Instanzen im Verhältnis zu den Rügemöglichkeiten vor dem EGMR zu vermeiden, scheint es unter anderem prüfenswert, den nationalen Behörden – unabhängig von innerstaatlichen Formerfordernissen – vermehrt die Prüfung von Rügen zu ermöglichen, welche der EGMR in seinem Verfahren behandelt. Es müssen jedenfalls Lösungen gesucht werden, um die in der Praxis häufig relevante Disharmonie zwischen der verfahrensrechtlichen Praxis des EGMR und dem schweizerischen Prozessrecht zu beseitigen.

[Rz 99] Die vorstehenden Ausführungen bezwecken, Probleme, welche sich aus der Rechtsprechung des EGMR für die Mitgliedstaaten der EMRK, namentlich für die Schweiz ergeben, offen zu legen und dazu anzuregen, dafür Lösungen zu suchen. Entsprechend dem im Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht geltenden Subsidiaritätsprinzip ist es primär Aufgabe der Mitgliedstaaten und nicht des EGMR, die EMRK umzusetzen. Idealziel muss die korrekte Anwendung der EMRK und damit die Vermeidung unnötiger Verurteilungen der Schweiz durch den Strassburger Gerichtshof sein. Die Tatsache, dass nur in 70 von den seit 1974 rund 4000 registrierten Schweizer Fällen in «Strassburg» Verletzungen der EMRK festgestellt wurden, und dass die Bilanz anderer Länder wesentlich schlechter ausfällt, ändert nichts an der Bedeutung der genannten Zielsetzung.

Dr. iur. Heinz Aemisegger, Bundesrichter, Lausanne Die dargelegten Ausführungen geben ausschliesslich die persönliche Ansicht des Verfassers wieder. Sie bildeten die Grundlage für Vorträge an den beiden folgenden Veranstaltungen: Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom Freitag, 5. Juni 2009 in Bern zum Thema «EMRK und die Schweiz» sowie Anwaltskongress vom 11. – 13. Juni 2009 in Luzern.

²⁰² Vgl. CYRIL HEGNAUER, Vom Treten an Ort beim Namensrecht, Der Nationalrat und die Europäische Menschenrechtskonvention, NZZ vom 14. April 2009 (Nr. 85) S. 11.

²⁰³ Urteil 1C_140/2008 vom 17. März 2009 E. 7.2.

²⁰⁴ Urteil des EGMR *Butka und Mitbeteiligte gegen Ungarn* vom 17. Oktober 2007 § 31 ff.

* * *